

Conceito e tipologia dos atos de improbidade administrativa



Autor: Fábio Medina Osório

Ex-Promotor de Justiça no RS, Advogado, Doutor em Direito Administrativo pela Universidade Complutense de Madri, Mestre em Direito Público pela Ufrgs, Professor colaborador nos cursos de pós-graduação da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo

publicado em 30.10.2012

 [\[enviar este artigo\]](#)  [\[imprimir\]](#)

Introdução

Inicialmente, deve-se registrar a enorme honra de proferir palestra neste magnífico auditório do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, envolvendo precisamente um seminário que pretende realizar alguns balanços, diagnósticos e prospecções a propósito dos 20 (vinte) anos de vigência da Lei 8.429/92.

Nossos cumprimentos, muito especialmente, aos Desembargadores Federais Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz e Luiz Fernando Penteado, coordenador científico do evento e diretor da Escola da Magistratura do TRF4, respectivamente, responsáveis pela realização do seminário.

Inegavelmente, a Lei 8.429/92 constitui uma das grandes conquistas da sociedade brasileira. Seu principal protagonista, desde o nascedouro, tem sido o Ministério Público, que detém poderes investigatórios e é seguramente quem com maior frequência tem ocupado o polo ativo dessas ações.

Mais recentemente, a Advocacia-Geral da União vem organizando ações significativas nessa área. Há, obviamente, um avanço no combate à má gestão pública com o advento desse notável instrumento normativo, mormente porque manejado por instituições republicanas independentes.

Não obstante, também é certo que proliferam inúmeros questionamentos em torno ao alcance da Lei de Improbidade, tanto em decorrência dos tipos abertos, da eventual discricionariedade ou mesmo da arbitrariedade em seu manejo, quanto das supostas injustiças eloquentes, da grave insegurança jurídica e da instabilidade institucional que determinadas posturas interpretativas acarretariam. Assim é que o manejo irresponsável ou mesmo com desvio de finalidade⁽¹⁾ dessa Lei geraria potenciais desequilíbrios nas competições políticas, institucionais e inclusive econômicas.

Ressalte-se que não há, atualmente, um conjunto de estatísticas qualitativas para medir a eficácia da Lei de Improbidade e a eficiência das instituições em seu manuseio, circunstância que, por si só, fragiliza sua operacionalidade, e um debate mais aprofundado desde a perspectiva dos interesses sociais.⁽²⁾

Não deixa de ser emblemático, outrossim, que a crise da Lei de Improbidade possa representar uma crise para o próprio Ministério Público brasileiro ou, em um outro horizonte, para as instituições que pretendam assumir esse relevante protagonismo de resgatar a ética pública e combater ilícitos desta envergadura.

Essa crise pode ter várias causas, e não se pode ignorar a existência de poderosos interesses contrariados por legítimas iniciativas acusatórias. Todavia, em um notório cenário de ambiguidade, insegurança e falta de critérios

uniformes no manejo do Direito Sancionador, seguramente a ausência de uma estatística qualificada e criteriosa para medir a atuação das instituições fiscalizadoras no tratamento de uma legislação tão ambígua e complexa como essa é fator que concorre negativamente para um debate superficial sobre a eficácia da lei e das instituições.

Sabe-se, de qualquer sorte, que a legislação em exame traduz avanço no campo do Direito repressivo, pois, em matéria de improbidade, não se pode abdicar de fortes instrumentos sancionatórios, ainda que soluções mais consistentes signifiquem desafios à Ciência da Gestão Pública, à Política, à Economia (os incentivos às patologias devem ser encarados corretamente para que possam ser eliminados) e a outros campos do conhecimento.(3)

Nossa proposta, nesta breve exposição, é a de alinhar uma reflexão sobre a essência conceitual da improbidade administrativa, demonstrando a importância de se perquirir sobre a natureza e o regime jurídico dessa matéria, a fim de que se obtenham critérios para a tipificação proibitiva. Estas reflexões constituem o substrato de nossa tese doutoral, defendida em 2003 na Universidade Complutense de Madri, sob orientação do Catedrático Eduardo García de Enterría, cuja banca examinadora foi composta pelos Catedráticos Jesus Gonzalez Peres, Rubbio Lloriente, Ramón Parada, Lorenzo Martín Retortillo e Manuel Rebollo Puig, com a atualização jurisprudencial pertinente.

1 Histórico da tipificação dos atos de improbidade no Brasil

Definir conceitualmente um ato de improbidade pode revelar-se um desafio interessante. Na doutrina, possível colher definições que, *data venia*, incorrem em vícios tautológicos. Pede-se licença para citar um dos mais conceituados autores na matéria, precisamente, na definição conceitual da improbidade administrativa, também palestrante neste prestigiado seminário, que é **Emerson Garcia**, no caso, em conjunto com **Rogério Pacheco Alves**, quando adentra a seara conceitual da improbidade:

"(...) a improbidade não está superposta à moralidade, tratando-se de um conceito mais amplo que abarca não só componentes morais com também os demais princípios regentes da atividade estatal, o que não deixa de estar em harmonia com suas raízes etimológicas. Justifica-se, pois, sob a epígrafe do agente público de boa qualidade somente podem estar aqueles que atuem em harmonia com as normas a que estão sujeitos, o que alcança as regras e os princípios.

(...)

Os atos de improbidade administrativa encontram-se descritos em três seções que compõem o capítulo II da Lei nº 8429/1992; estando aglutinados em três grupos distintos, conforme o ato importe em enriquecimento ilícito (art. 9º), cause prejuízo ao erário (art.10) ou tão somente atente contra princípios da administração pública (art. 11)." (GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 6. ed. Lumen Júris, 2011. p. 125, 279.)

Para tratar da tipicidade dos atos ímprobos, é necessário conceituar essa patologia e dar-lhe um regime jurídico específico, não bastam definições etéreas. Não pode haver um conceito de improbidade articulado a partir da violação aos tipos abertos da própria Lei 8.429/92. Imperioso dissecar os elementos conceituais dessa enfermidade para o correto enquadramento nos mencionados tipos sancionadores. Vale dizer, a lógica é inversa àquela trilhada costumeiramente na doutrina nacional. E, curiosamente, a jurisprudência pátria já vem amadurecendo o conceito aqui proposto, na perspectiva de reconhecer elementos indispensáveis à configuração da improbidade.

O conceito de "improbidade administrativa" está ligado a dois pilares fundamentais da ética pública na pós-modernidade: as noções de grave ineficiência funcional e grave desonestidade. Na raiz etimológica da expressão, reside a proteção da honra institucional no setor público, sendo que os fenômenos de má gestão pública remontam à Antiga Roma. De qualquer sorte, é na formação do Estado moderno que se consolidam pressupostos mais específicos relacionados à responsabilidade dos governantes, cujos vínculos com a sociedade demandam prestações de contas (como algo inerente à confiança).

(4)

O ambiente pós-moderno realça o valor da eficiência e dos resultados como um de seus traços marcantes. Dissolvem-se os valores centrados apenas no aparato burocrático e nos procedimentos, alçando-se a proeminência da prestação de contas, da legitimidade, da transparência e dos resultados esperados dentro de pautas objetivas de condutas. É verdade que o Brasil, em muitos aspectos, não superou sequer alguns estágios weberianos na consolidação de sua máquina administrativa, o que se percebe pela quantidade exorbitante de cargos em confiança, pelos critérios espúrios nas nomeações, pelo patrimonialismo, pelo nepotismo direto ou indireto e por outras tantas patologias. Ocorre que, de uma forma ou de outra, tornam-se necessários os desafios pós-modernos referentes às metas, ao planejamento estratégico, à legitimação por resultados e às pautas funcionais conectadas à eficiência administrativa.

No exame do dever de probidade e seus elementos ético-normativos, deve-se compreender a razão pela qual se admitem ilícitos culposos e dolosos. Além disso, é necessário aquilatar as distintas instâncias de equacionamento das responsabilidades. Dentre as classificações possíveis, percebe-se que as instâncias política e jurídica (judicial) configuram divisão clássica.(5)

Na medida em que os elementos normativos venham a ser transportados ao universo do Direito, resultam entrelaçados com o regime jurídico aplicável aos atos de improbidade, o que deflui tanto do artigo 37, parágrafo 4º, da Constituição de 1988, quanto da Lei 8.429/92. Isso, porque o enquadramento de condutas proibidas, para fins de imposições punitivas, pressupõe noções modernas como a da submissão ao devido processo legal, a da legalidade, a da tipicidade, a da culpabilidade e a da presunção de inocência, todas decorrentes do Direito Sancionador incidente sobre esta patologia chamada “improbidade administrativa”.

Com essa premissa, a lei não apanha apenas os atos de corrupção pública, aqui entendida como uso de poderes públicos para fins privados, mas também as distorções inerentes à desorganização administrativa, ao desgoverno e à ineficiência endêmica, temas pouco explorados na jurisprudência e na doutrina. É certo, ademais, que a tipificação obedece a todo um processo de adequação, que perpassa estágios formais e materiais, com ênfase na tutela do bem jurídico ou nos valores abrigados nas regras e nos direitos fundamentais das vítimas dos ilícitos e dos acusados em geral.

Para que possamos compreender esse panorama conceitual, é necessário, inicialmente, observar a estreita relação histórica entre o dever de probidade e os crimes de responsabilidade, o que talvez constitua berço de confusões relevantes. Sabe-se que é na Inglaterra do século XIII que se encontra a ideia de crime de responsabilidade como uma fórmula de submissão do governante ao princípio da responsabilidade. No Brasil, vale notar que a Constituição de 1824, nos artigos 38 e 47 (responsabilidade dos Ministros do Rei), assim como a Lei Complementar de 15.10.1827, já contemplavam a responsabilidade de altos mandatários da Nação por crimes de responsabilidade. Todas as Constituições brasileiras republicanas contemplaram a improbidade como crime de responsabilidade do presidente da república e dos altos mandatários da nação (1891, art. 54, 6; 1934, art. 57, f; 1937, art. 85, d; 1946, art. 89, V; 1967, art. 84, V; EC 01/1969, art. 82, V; 1988, art. 85, V).(6)

Essa previsão contínua e permanente da improbidade como modalidade de crime de responsabilidade é indicativo seguro de que a violação a esse dever constitucional de probidade é ilícito grave. Também pode constituir indício de que a improbidade pressupõe vulneração de regras e princípios constitucionais. Não fosse assim, não seria crime de responsabilidade. Crimes contra a probidade da Administração constituem crimes de responsabilidade dos altos mandatários do país. Os crimes de responsabilidade são os mais graves crimes cometidos contra um Estado ou uma Nação. Apenas o diferencial da natureza de seu julgamento – a instância política, os espaços discricionários, a extrema ambiguidade dos elementos normativos dos tipos – remete a uma lógica peculiar na formulação das condutas proibidas, as quais nascem do âmbito político muito mais do que do âmbito jurídico *stricto sensu*.

Novidade histórica constitui, portanto, como é sabido, o tratamento da improbidade no artigo 37, parágrafo 4º, da CF, a qual prevê que os atos de improbidade poderão configurar-se independentemente das responsabilidades civis, penais e administrativas. A Lei 8.429/92 regulamentou esse dispositivo, 4 anos depois, sob o influxo de importantes contribuições de lideranças do Ministério Público brasileiro e tendo por parâmetro a Lei 3.502, de 21.12.1958, cuja estrutura restou formatada por Bilac Pinto, sob inspiração dos Códigos de Conduta dos Estados Unidos da América. Por certo que uma previsão inovadora como essa da Lei 8.429/92 causaria enormes perplexidades, mas não deixa de ser curioso o fato de que, mesmo passados 20 (vinte) anos de vigência, permaneçam obscuros aspectos essenciais à sua compreensão, especialmente no Supremo Tribunal Federal, com repercussões na teoria da tipicidade, que é o mecanismo correto de enquadramento dos atos proibidos. Que natureza jurídica teriam os atos de improbidade definidos nesta Lei 8.429/92 e também na própria CF de 1988, particularmente no artigo 37, parágrafo 4º, da Magna Carta? Quais seriam as garantias dos acusados em geral em tais processos? Quais seriam as condutas proibidas na Lei 8.429/92, considerando a enorme extensão semântica daqueles tipos? Haveria autorização para juízos discricionários dos magistrados e das autoridades com legitimação ativa para as ações de improbidade?

A natureza política dos crimes de responsabilidade e do dever de probidade foi rompida com esse novo tratamento constitucional em 1988 e posteriormente ratificada em 1992. O problema é que, no regime anterior, dos crimes de responsabilidade, a tipicidade poderia efetivamente ser ampla, uma vez que os tipos comportavam julgamentos políticos, circunstância que, como já referido, envolve chancela aos espaços discricionários das autoridades julgadoras.

O problema dos espaços discricionários é que podem abrir margem ao arbítrio e a uma lógica não jurídica de apreciação dos fatos e pressupostos de responsabilidade. Na política, o que importa é um conjunto de relações de sustentabilidade governamental, institucional ou pessoal. Pode-se ver o perigo do arbítrio no uso de expressões vagas em nossa trajetória institucional: basta notar que o discurso de combate à corrupção ou ao enriquecimento ilícito, na raiz da questão da improbidade, já mereceu duras reprimendas no regime ditatorial militar de 1964. Veja-se que a CF de 1967 contemplava a suspensão de direitos individuais para os que abusassem ou agredissem a “ordem democrática” ou cometessem atos de corrupção, e, no artigo 150, parágrafo 11, dizia que a lei deveria dispor sobre perda de bens por danos causados ao erário ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício das funções. O discurso de combate à corrupção não é novo, e talvez o fenômeno, em si, tenha sido amplificado pela liberdade das instituições fiscalizadoras e da própria mídia.

Sabe-se que a Lei da Ação Popular teria se revelado insuficiente para conter os abusos contra o erário, e mesmo a Lei Bilac Pinto foi insuficiente. Ressarcimento não é sanção, de modo que a importância de um sistema repressivo mais vigoroso é inafastável, conquanto o tema em discussão comporte abordagens muito mais amplas no campo da gestão pública e da economia. Daí o destaque da Lei 8.429/92, que previu novas sanções, na esteira do mandamento constitucional, tais como suspensão de direitos políticos e interdições de direitos (proibição de contratar com o Poder Público), algumas das quais inclusive de natureza extremamente grave.

2 Grave ineficiência e grave desonestidade funcionais

Uma das premissas conceituais provenientes do campo ético normativo é a de que a improbidade não pode se confundir, necessariamente, com ilícitos apenas dolosos ou intencionais nem com ilegalidades em geral. Noutras palavras, a transgressão ora em exame – quando vista pela perspectiva do histórico da legislação dos crimes de responsabilidade – denota sintomas específicos que podem remeter o intérprete a um caminho mais sólido, qual seja, aquele que visualiza a gravidade intrínseca da infração, suas modalidades dolosas e culposas, sua origem constitucional e sua inserção na teoria da má gestão pública. Cuida-se de características centrais da improbidade, como espécie de má gestão pública, em um escalonamento de ilícitos que podem repercutir tanto na esfera criminal – delitos de responsabilidade – quanto na seara do Direito Disciplinar (falta de probidade como infração administrativa ou como substrato

para tipos sancionadores disciplinares). O legislador, ou mesmo o constituinte, desempenha papel crucial nessas definições, pelo princípio democrático. Recolhe material de um universo ético, para transformá-lo em jurídico. E não reprime apenas atos desonestos, mas ineficientes também, uma vez que a ineficiência endêmica é o ambiente fértil e propício às desonestidades funcionais.(7)

A lei não pune tão somente os atos desonestos *stricto sensu*. No plano infraconstitucional, desde o Decreto número 30, de 08 de janeiro de 1892, a improbidade, na categoria de crime de responsabilidade, abarcava, além de uma série de desonestidades, a inaptidão notória ou a desídia habitual no exercício das funções. Parece relevante sublinhar tais características, inclusive para que se explorem potencialidades mais profundas dessa categoria jurídica, observados seus pressupostos. Isso revela a vocação histórica do dever para abarcar deveres correlatos e vinculados à eficiência e à honestidade funcionais. Poder-se-ia traçar um histórico ainda mais amplo da expressão *probitas* para mostrar que, mesmo na origem mais remota, o dever em exame guardaria uma relação com a honra funcional do setor público.(8)

Ainda que se admitam modalidades culposas de improbidade, imperioso reconhecer que os agentes públicos têm direito ao erro juridicamente tolerável. Não se pode aniquilar o direito ao erro, que fomenta, indiretamente, a boa gestão pública pela assunção responsável de riscos, pela ousadia e pela complexidade que a Administração Pública exige na tomada de decisões. O direito ao erro está inserido na estrutura normativa básica de cada um dos tipos previstos especialmente nos artigos 9º e 10 da Lei 8.429/92, pois é óbvio que nem toda lesão ao erário ou mesmo aos princípios da Administração Pública hão de transformar-se em um ato típico de improbidade definido nessa legislação.

Para além do reconhecimento do direito ao erro, destarte, também é importante assinalar que existe um catálogo hierárquico de transgressões, desde aquelas juridicamente toleráveis até outras que simplesmente são absorvidas por outras categorias jurídicas. Nem toda ilegalidade configura improbidade, e as infrações devem ser classificadas de acordo com critérios hierárquicos. Aí a dimensão fragmentária do Direito Punitivo em geral. Uma violação aos princípios da Administração Pública pode dar lugar a respostas exclusivamente disciplinares do Estado, sem adentrar a seara da improbidade, por exemplo.

O certo é que, conforme se pode observar facilmente, a própria Lei 1.079, de 10.04.1950, no artigo 4, inciso V, e logo no artigo 9º e seguintes, previu a improbidade como elemento normativo de determinados delitos de responsabilidade, tais como o descumprimento doloso da Constituição e das Leis, ou a conduta incompatível com a dignidade, com a honra e com o decoro das funções. Novamente não há falar-se em um condicionamento necessariamente doloso referente a essa espécie de ilícito, tampouco de confusões entre ilegalidades e ilícitos superiores. A estrutura aberta – extremamente aberta – das definições aqui analisadas, na ótica dos crimes de responsabilidade, resulta vinculada ao caráter político e discricionário do julgamento.

Existe outra fonte histórica de extrema relevância à compreensão conceitual da improbidade. Veja-se que a Lei 3.502, de 21.12.1958, chamada Lei **Bilac Pinto**, como se disse alhures, fonte de inspiração direta para a Lei 8.429/92, tratou do enriquecimento ilícito. Previram-se medidas como perda dos bens havidos ilicitamente e ressarcimento ao erário. O que essa lei não cuidou foi de alargar o espectro sancionatório, mas seguramente é o embrião mais direto da Lei 8.429/92, denotando sua inspiração nos Códigos de Conduta já em voga nos Estados Unidos da América desde os anos 50, onde o saudoso Bilac Pinto, um dos mais destacados homens públicos do seu tempo, buscou subsídios.(9)

Visualizamos a Lei 8.429/92 como Código Geral de Conduta de todos os servidores públicos brasileiros, com alcance singularmente amplo. A peculiaridade desse Código, que trabalha dentro de um microssistema, é sua juridicidade e seu regime jurídico. Seu espectro sancionatório atinge direitos fundamentais e seu regime jurídico é compatível com o Direito Administrativo Sancionador, já que os ilícitos pressupõem violação a regras e princípios que presidem a Administração Pública brasileira.

Para melhor compreender a origem de distorções na interpretação da Lei 8.429/92, é forçoso reconhecer que a tipificação de comportamentos proibidos, na matriz dos Códigos de Conduta ou da legislação dos crimes de responsabilidade, permitiria, insista-se nesse ponto, juízos amplos e discricionários das autoridades julgadoras. Significa dizer que o berço do dever de probidade está em duas vertentes aparentemente distintas (crimes de responsabilidade e códigos de conduta), mas convergentes nesse especial aspecto: a vinculação aos espaços discricionários. Todavia, no conceito de Código de Conduta que adotamos relativamente à Lei 8.429/92, que também chamamos Lei Geral de Improbidade Administrativa, não se pode tolerar uso expansivo e abusivo de tipos abertos, sob pena de ferir garantias constitucionais relativas ao Direito Administrativo Sancionador, incluído o princípio democrático.

A Lei 8.429, 02.06.1992, ao regulamentar o artigo 37, parágrafo 4º, da CF, contemplou ilícitos culposos e dolosos, de modo ostensivo. Os tipos sancionadores mostraram-se desde logo extremamente abertos, tanto quanto as clássicas estruturas ético normativas dos crimes de responsabilidade ou dos códigos de conduta. Seu regime jurídico mostrou-se nebuloso *prima facie*, oscilando entre o cível (natureza da ação ordinária) e o crime (natureza das penalidades). Quer dizer: apesar de tratar-se de uma ação civil pública, as sanções aplicadas seriam muito próximas do Direito Penal e os poderes das instituições fiscalizadoras aparentemente seriam do mesmo porte daquelas que julgam crimes de responsabilidade, no que diz respeito à extensão política e discricionária.(10)

Não obstante a nebulosidade inerente a essa legislação consubstanciada na Lei 8.429/92, o princípio da independência das instâncias teria sido fortalecido, desde a dicção constitucional expressa. E a voz de um constituinte, em homenagem ao princípio democrático, deve ser respeitada. Ademais, a não delimitação da gravidade das infrações e a criação de tipos abertos caracterizaram a técnica legislativa em exame, de modo que seu compromisso, aparentemente, com a segurança jurídica não teria sido elevado. Ao contrário, a ideia de eficiência punitiva estaria referenciada na abertura dos tipos sancionadores, para evitar o engessamento dos operadores jurídicos e, sobretudo, das instituições fiscalizadoras. Com certeza essa técnica foi produto de uma história de vinculação à dogmática dos crimes de responsabilidade, de um lado, e de outro à dogmática dos Códigos de Conduta, mas a lei deve ser interpretada em conformidade com a Constituição. As distorções que semelhante estrutura ocasionaria não seriam triviais, se admitíssemos sua aplicação sem um regime jurídico definido. Trata-se de uma aparente revolução no sistema jurídico contemporâneo: um Direito Punitivo judicial com espaços manifestamente político-discricionários. O que ocorre, no entanto, é algo diverso: a lei merece uma interpretação em consonância com o princípio do devido processo legal punitivo.

O que deve ser considerado evidente é que, seja pelo histórico do dever de probidade ligado constitucionalmente aos crimes de responsabilidade, seja pela magnitude das sanções previstas tanto no artigo 37, parágrafo 4º, da CF, quanto na própria Lei 8.429/92, é certo que um ato ímprobo revela-se de extrema gravidade. Também é indicativo seguro nessa direção o fato de que direitos fundamentais são agredidos pela improbidade administrativa. E por isso mesmo as sanções cominadas na Lei de Improbidade atingem direitos fundamentais dos acusados em geral, exigindo limites para o poder punitivo estatal.

Se o ato ímprobo há de ser grave, certamente deve atender ao princípio da fragmentariedade do Direito Sancionador. Balizado pelos princípios da legalidade e da tipicidade, o caráter fragmentário do Direito Sancionador da improbidade exige uma hermenêutica restritiva, até para evitar alcance irrazoável, teratológico ou absurdo dos tipos abertos previstos na lei. Essa mesma hermenêutica, em suas raízes, deve conduzir ao reconhecimento de um específico regime jurídico para os atos previstos na Lei 8.429/92.

Para completar esse quadro de limitação do arbítrio judicial, não nos parece possível autorizar espaços discricionários, políticos, às autoridades fiscalizadoras, no manejo de uma legislação punitiva do porte da Lei 8.429/92. Não se trata apenas de vedar a criação de condutas proibidas por interpretações que, na

essência, revelam produção de normas retroativas. O problema é o nível de insegurança jurídica e de deterioração da legitimidade das instituições fiscalizadoras para propositura de juízos puramente políticos ou incontrolláveis em um modelo que exige fundamentação isonômica para os jurisdicionados e racionalidade democrática na criação de proibições desse padrão.

3 Regime jurídico da Lei 8.429/1992. Direito Administrativo Sancionador

Por todas as considerações antes alinhavadas, evidencia-se a singular urgência na definição do regime jurídico da Lei 8.429/92, o que constitui proposta defendida em nossa doutrina desde 1999.⁽¹¹⁾ Nesse sentido, sustentamos que os crimes de responsabilidade e atos de improbidade são figuras distintas a partir da Constituição de 1988, conquanto um ato de improbidade possa caracterizar modalidade de crime de responsabilidade. Repousa no princípio democrático – liberdade de conformação legislativa dos ilícitos – essa distinção conceitual necessária. Ainda que se reconheçam todas as aproximações históricas entre tais institutos, não nos parece admissível pretender confundi-los. Por certo que a orientação que ainda prevalece, neste tópico, no STF, como veremos algumas linhas adiante, é no sentido da absorção da Lei de Improbidade pela Lei dos Crimes de Responsabilidade, nas hipóteses constitucionais. E acreditamos que é a doutrina a instância crítica por excelência da jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Todavia, há questões atinentes aos princípios da proporcionalidade e *non bis in idem* em termos sancionatórios que podem, em tese, ser suscitadas, mesmo admitindo-se as diferenças entre tais espécies de ilícitos. Há também questões envolvendo competências jurisdicionais e prerrogativa de foro que normalmente têm sido confundidas com o debate sobre o duplo regime sancionatório.

O STF, na Rcl 2138 – DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j.13.06.2007, consolidou a doutrina da absorção da Lei de Improbidade pela Lei dos Crimes de Responsabilidade, sob fundamentos ideológicos relacionados à prerrogativa de foro dos agentes políticos. Na matriz motivacional desse julgado está a perplexidade dos Ministros com a possibilidade de que o Presidente da República pudesse perder o cargo por decisão de um juiz de primeiro grau, o mesmo valendo para outros agentes políticos, tais como Ministros de Estado ou dos Tribunais Superiores. Ou seja, na perspectiva axiológica, o peso da questão residiria nas graves distorções relacionadas à usurpação de competências constitucionais atinentes à matéria penal que, notoriamente, guarda íntima relação com a descrição e o sancionamento dos atos ímprobos.⁽¹²⁾

Pensamos que a jurisprudência do STF sobre improbidade e crimes de responsabilidade deve ser revisitada pela própria Corte, na medida em que viola o princípio democrático e afronta a natureza e o regime jurídico aplicáveis aos atos tipificados na Lei 8.429/92. O texto constitucional é claro ao delimitar as diferenças entre tais ilícitos e, no ponto, o STF parece julgar fora dos marcos da Magna Carta. A absorção proposta pela Suprema Corte não encontra o menor respaldo no princípio democrático, vale dizer, violenta o sistema constitucional e mesmo a vontade do legislador máximo do país. No entanto, também entendemos que resulta inviável suprimir garantias próprias do Direito Penal aos acusados de improbidade, dentre elas, muito especialmente, a da prerrogativa de foro. Aqui, o princípio democrático autoriza uma hermenêutica expansiva das competências constitucionais envolvendo prerrogativa de foro.

O STF, na ADI 2797 e 2860 – DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j.15.09.2005, declarou a inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do art. 84 do CPP, ali introduzidos pela Lei 10.628/2002, que criou prerrogativa de foro para a ação de improbidade administrativa diretamente no CPP. Nesse julgado, pensamos que o STF apenas define que o legislador ordinário não pode inovar no plano da criação de prerrogativa de foro, sem que haja deliberação do constituinte sobre esse tópico, o que realmente é correto.⁽¹³⁾ Obviamente, nada impede que o próprio STF reconheça competências implícitas em matéria de prerrogativa de foro, o que veio a ocorrer no MS 31234, Rel. Min. Luiz Fux, j. 22.03.2012, DJe 27.03.2012, ocasião em que se consagrou a tese de prerrogativa de foro a partir da Teoria das Competências Implícitas, seguindo anterior precedente do próprio

STF.(14) Repare-se no teor desta importante decisão relatada pelo eminente Ministro Fux:

“Cuidam os autos de Mandado de Segurança impetrado por Ministro de Estado da Fazenda, com pedido de medida liminar, contra ato praticado pelo Procurador-Geral da República, que reconheceu não possuir atribuição para a apreciação de representação feita por Senadores da República noticiando a suposta prática de improbidade.

Em seu ato, a autoridade coatora determinou o exame da representação pela Procuradoria da República no Distrito Federal, compreendendo que a competência para processar e julgar seria da Justiça Federal de primeiro grau. Sustenta-se a ilegitimidade do ato coator, tendo em vista os precedentes da jurisprudência, inclusive do STF, no sentido de que a competência para o julgamento de Ministro em ação de improbidade também deveria ser pautada pela prerrogativa de foro.

É o breve relatório.

Decido.

Assiste razão ao impetrante quanto ao pedido de liminar formulado. Sob o prisma da fumaça do bom direito, a decisão da autoridade coatora ofende o entendimento desta Suprema Corte exteriorizado na QO da Pet nº 3.211, no sentido de que compete ao Supremo Tribunal Federal julgar atos de improbidade contra autoridades que gozem de prerrogativa de foro no seu âmbito.

No referido julgado, foi decidido o seguinte:

‘EMENTA Questão de ordem. Ação civil pública. Ato de improbidade administrativa. Ministro do Supremo Tribunal Federal. Impossibilidade. Competência da Corte para processar e julgar seus membros apenas nas infrações penais comuns. 1. Compete ao Supremo Tribunal Federal julgar ação de improbidade contra seus membros. 2. Arquivamento da ação quanto ao Ministro da Suprema Corte e remessa dos autos ao Juízo de 1º grau de jurisdição no tocante aos demais. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a Presidência da Sra. Ministra Ellen Gracie, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em conhecer da competência do Supremo Tribunal Federal para julgamento do feito e em determinar o arquivamento da petição quanto ao Ministro da Suprema Corte e a descida dos autos ao Juízo da 9ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal com relação aos demais. Brasília, 13 de março de 2008. MINISTRO MENEZES DIREITO Relator p/ o acórdão

Em seu voto na QO da Pet. 3.211, o saudoso **Min. Menezes Direito** pontificou que: é também meu convencimento que distribuir competência ao Juiz de 1º grau para o julgamento de Ministro da Suprema Corte quebraria, pelo menos na minha compreensão, o sistema judiciário como um todo.

O **Min. Ricardo Lewandowski** acompanhou a divergência inaugurada pelo Min. Menezes Direito no processo acima destacado e afirmou o seguinte: ‘Acompanho o entendimento do eminente Ministro Carlos Alberto Direito, neste aspecto, para dizer que não se coaduna com a sistemática adotada pela nossa Constituição o julgamento de um Ministro do Supremo Tribunal Federal, para o fim da perda de cargo, por um juiz de primeiro grau.’

No mesmo sentido, o **Min. Cezar Peluso** asseverou que: ‘Se, pela Constituição, Ministro do Supremo Tribunal Federal só pode ser processado, nas infrações penais comuns, por esta Corte e, nos crimes de responsabilidade, pelo Senado Federal, não é concebível que ação por ilícito de menor gravidade, entre cujas sanções está a perda do cargo, possa ser atribuída à competência de outros órgãos. Insisto em que, se, pelos mais graves ilícitos da ordem jurídica, que são o crime comum e o crime de responsabilidade, Ministro do Supremo Tribunal Federal só pode ser julgado pelos seus pares ou pelo Senado da República, seria absurdo ou o máximo do contra-senso conceber que ordem jurídica permita que Ministro possa ser julgado por outro órgão em ação diversa, mas entre cujas sanções está também a perda do cargo. Isso seria a desestruturação de todo o

sistema que fundamenta a distribuição da competência, para julgamento dos ilícitos mais graves atribuídos a Ministro da Suprema Corte, entre o Supremo Tribunal Federal e o Senado da República. Razão por que, pedindo *maxima venia* ao eminente Relator, assento a competência desta Casa'.

Cumpra rememorar que o precedente acima transcrito tem sido adotado como parâmetro pela jurisprudência pátria, consoante se extrai do seguinte julgado do c. Superior Tribunal de Justiça:

'CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA. AÇÃO DE IMPROBIDADE CONTRA GOVERNADOR DE ESTADO. DUPLO REGIME SANCIONATÓRIO DOS AGENTES POLÍTICOS: LEGITIMIDADE. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO: RECONHECIMENTO. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO STJ. PROCEDÊNCIA PARCIAL DA RECLAMAÇÃO. 1. Excetuada a hipótese de atos de improbidade praticados pelo Presidente da República (art. 85, V), cujo julgamento se dá em regime especial pelo Senado Federal (art. 86), não há norma constitucional alguma que imunize os agentes políticos, sujeitos a crime de responsabilidade, contra qualquer das sanções por ato de improbidade previstas no art. 37, § 4º. Seria incompatível com a Constituição eventual preceito normativo infraconstitucional que impusesse imunidade dessa natureza. 2. Por decisão de 13 de março de 2008, a Suprema Corte, com apenas um voto contrário, declarou que 'compete ao Supremo Tribunal Federal julgar ação de improbidade contra seus membros' (QO na Pet. 3.211-0, Min. Menezes Direito, DJ 27.06.2008). Considerou, para tanto, que a prerrogativa de foro, em casos tais, decorre diretamente do sistema de competências estabelecido na Constituição, que assegura a seus Ministros foro por prerrogativa de função, tanto em crimes comuns, na própria Corte, quanto em crimes de responsabilidade, no Senado Federal. Por isso, 'seria absurdo ou o máximo do contrassenso conceber que ordem jurídica permita que Ministro possa ser julgado por outro órgão em ação diversa, mas entre cujas sanções está também a perda do cargo. Isso seria a desestruturação de todo o sistema que fundamenta a distribuição da competência' (voto do Min. Cezar Peluso). 3. Esses mesmos fundamentos de natureza sistemática autorizam a concluir, por imposição lógica de coerência interpretativa, que norma infraconstitucional não pode atribuir a juiz de primeiro grau o julgamento de ação de improbidade administrativa, com possível aplicação da pena de perda do cargo, contra Governador do Estado, que, a exemplo dos Ministros do STF, também tem assegurado foro por prerrogativa de função, tanto em crimes comuns (perante o STJ), quanto em crimes de responsabilidade (perante a respectiva Assembléia Legislativa). É de se reconhecer que, por inafastável simetria com o que ocorre em relação aos crimes comuns (CF, art. 105, I, a), há, em casos tais, competência implícita complementar do Superior Tribunal de Justiça. 4. Reclamação procedente, em parte. ACÓRDÃO Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia CORTE ESPECIAL do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, julgar procedente em parte a reclamação, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Nilson Naves, Fernando Gonçalves, Felix Fischer, Aldir Passarinho Junior, Hamilton Carvalhido, Eliana Calmon, Laurita Vaz, Luiz Fux e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha e Gilson Dipp e, ocasionalmente, os Srs. Ministros Francisco Falcão e Nancy Andrighi. O Sr. Ministro Gilson Dipp foi substituído pelo Sr. Ministro Castro Meira. Sustentou oralmente, pelo reclamante, o Dr. Ronei Danielli. Brasília (DF), 02 de dezembro de 2009. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI Relator.'

In casu, o impetrante é Ministro de Estado e, nessa condição, responde originariamente perante o Supremo Tribunal Federal pelas infrações penais comuns e por crimes de responsabilidade (art. 102, inciso I, alínea c, da Constituição da República), processos que podem acarretar, por exemplo, a perda do cargo público.

Não seria coerente com a unidade normativa do texto constitucional, consoante já reconhecido nos precedentes acima transcritos, que Ministro de Estado respondesse como réu em ação de improbidade em trâmite no primeiro grau de jurisdição, na medida em que o referido feito também pode acarretar a perda da função pública.

Dessume-se, portanto, que, a despeito da nítida oscilação jurisprudencial pretérita sobre o tema, **o entendimento de que agentes políticos podem responder como réus em ação de improbidade, mas com observância da prerrogativa de foro, tem se consolidado mais recentemente na jurisprudência pátria e, em particular, no âmbito desta Suprema Corte**, o que impõe a desconstituição do ato impugnado neste *writ*.

No que tange ao *periculum in mora*, o atraso na prestação jurisdicional pode acarretar prejuízos irreversíveis à autoridade da República brasileira que dispõe de prerrogativa em matéria de improbidade, e que teria de responder perante juízo incompetente em ação de gravidade ímpar.

Ex positis, **defiro**, com alicerce no art. 7º, inciso III, da Lei nº 12.016/09, a liminar pretendida, a fim de suspender o ato *sub judice* praticado pela autoridade coatora (despacho do Procurador-Geral República nos autos do Processo MPF/PGR nº 1.00.000.002056/2012-95), e determinar que a representação sobre a suposta improbidade praticada pelo Impetrante seja examinada pelo Procurador-Geral da República.

Publique-se. Intime-se a autoridade coatora para o cumprimento desta liminar.

Notifique-se a autoridade coatora para que, no prazo de 10 dias, preste as informações (art. 7º, inciso I, da Lei nº 12.016/09). Cientifique-se a AGU nos termos do art. 7º, inciso II, da Lei nº 12.016/09. Após, ao Ministério Público Federal para parecer (art. 12 da Lei nº 12.016/09).

Brasília, 22 de março de 2012.

Ministro Luiz Fux Relator.”(15)

Sabe-se que é posição do STJ – AgRg na Rcl 2115 – AM, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 18.11.2009 – o reconhecimento das competências implícitas, a partir da natureza sancionatória da Lei 8.429/92, subordinada a normas de Direito Administrativo.(16) E o STJ consolidou, efetivamente, essa orientação, de modo pacífico e, ao que nos parece, com técnica apurada.(17)

A posição ora defendida, com a devida vênia dos que pensam diversamente, além de encontrar fundamento no regime jurídico das ações de improbidade, igualmente encontra respaldo no Direito Comparado, como se observa na doutrina de **José Joaquim Gomes Canotilho**, *verbis*:

“(…) A força normativa da Constituição é incompatível com a existência de competências não escritas, salvo nos casos de a própria Constituição autorizar o legislador a alargar o leque de competências normativo-constitucionalmente especificado. No plano metódico, deve também afastar-se de ‘poderes implícitos’, de ‘poderes resultantes’ ou de ‘poderes inerentes’ como formas autônomas de competência. É admissível, porém, uma complementação de competências constitucionais por meio do manejo de instrumentos metódicos de interpretação (sobretudo a interpretação sistemática ou teleológica). Por essa via, chegar-se-á a duas hipóteses de competência complementares implícitas: **(1) competências implícitas complementares, enquadráveis no programa normativo-constitucional de uma competência explícita e justificáveis, porque não se trata tanto de alargar competências, mas de aprofundar competências (ex.: quem tem competência para tomar uma decisão deve, em princípio, ter competência para a preparação e a formação da decisão); (2) competências implícitas complementares, necessárias para preencher lacunas constitucionais patentes por meio da leitura sistemática e analógica de preceitos constitucionais.** (Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 543)

Por oportuno, observa-se que, ao contrário do decidido na Pet 3.030, julgada em 23.05.2012, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que ex-deputado federal não detém foro privilegiado para responder a ações de improbidade administrativa, resta consolidada no Supremo Tribunal a aplicação da tese das competências complementares implícitas no caso da existência de lacunas constitucionais e a lógica permitirem indicar a competência do respectivo tribunal ou quando a própria Constituição Estadual o estabelecer. Em outras

matérias a tese também é recorrente,⁽¹⁸⁾ e, nos precedentes referidos, o Supremo Tribunal Federal tem adotado esse entendimento em algumas hipóteses **(QO na Pet. 3.211-0, Rel. acórdão Min. Menezes Direito, DJ 27.06.2008 e MS 31.234, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 27.03.2012)** e, para os limites do presente trabalho, sobretudo quando o agente público detém cargo político nos poderes da república (executivo, legislativo ou judiciário) e está na condição de informante, investigado ou acusado em geral.⁽¹⁹⁾

Portanto, a tese das competências implícitas, em matéria de prerrogativa de foro, há de ser debatida em maior profundidade no cenário nacional, especialmente no STF, que tem a missão de definir conceitualmente o tema. Entendemos que o regime jurídico aplicável à improbidade desenhada na Lei 8.429/92 viabiliza a aplicação dos princípios penais ao Direito Sancionador da improbidade, por simetria, dado o alcance da cláusula do devido processo legal em Direito Administrativo Sancionador e no Direito Penal. E, por isso mesmo, é correto tecnicamente alcançar a garantia institucional da prerrogativa de foro às ações de improbidade administrativa, em toda sua extensão. Questão muito diversa – e não menos importante – diz respeito a um debate mais amplo sobre todo o sistema de prerrogativas de foro no Brasil, suas disfunções, suas ineficiências e seus problemas, um diagnóstico sociopolítico que poderia conduzir à eliminação dessa espécie de prerrogativa institucional. Ora, se eliminarmos, por deliberação democrática do Constituinte derivado, o modelo de prerrogativas de foro, certamente seria legítimo que todos os processos fluíssem no primeiro grau de jurisdição. Não se pode pretender aniquilar com todo um sistema proposto na CF de 1988 por meio de interpretação meramente literal ou lógico-gramatical, banindo prerrogativas relacionadas às ações de improbidade.

O ilícito previsto no artigo 37, parágrafo 4º, da CF, e logo detalhado na Lei 8.429/92, é definido pelo Direito Administrativo. Eis aqui a fonte de uma série de confusões, pois não se indaga, normalmente, qual o ramo jurídico que disciplina infrações e sanções da Lei de Improbidade e, com isso, segue o estéril debate sobre natureza cível ou penal. Até parece que esses ramos jurídicos dividem todo o universo normativo. E com essa simplificação errônea, sustenta-se, frequentemente, que a improbidade seria uma categoria “cível”, quando resulta notório que não é o Direito Civil que disciplina tal matéria no plano das infrações e sanções. Em realidade, não se trata de ilícito civil ou penal, mas de ilícito administrativo em um sentido mais largo desta expressão. Nesse diapasão é o conceito que ofertamos, desde 1999, sobre sanção de Direito Administrativo ou sanção administrativa *lato sensu*.⁽²⁰⁾

O STJ, em vários julgados, a exemplo do que ocorreu no RESP 895530 – PR, Rel. Min. Luiz Fux, j.18.11.2008, consagrou o regime de direito punitivo e direito administrativo sancionador à tutela da probidade administrativa.⁽²¹⁾ Já o STF, na AC 2032 QO – SP, Rel. Min. Celso de Mello, j.15.05.2008, consagrou a tese do devido processo legal punitivo, com uma abrangência notável. Há indicativos seguros de que os Tribunais Superiores não abdicam de um regime jurídico sólido e garantista para os acusados de improbidade, percebendo mais profundamente o impacto daquelas sanções nos direitos fundamentais, porque o rótulo “ação civil pública” é indiferente para perquirição do regime jurídico.⁽²²⁾

A improbidade é uma espécie de ilícito administrativo, ilícito submetido aos princípios e às regras do Direito Administrativo Sancionador. Nosso enfoque parte do Direito material que disciplina infrações e sanções descritas na Lei 8.429/92. Alguma dúvida de que estamos diante do Direito Administrativo? A superficialidade desta discussão decorre de um conceito tradicional e defasado de sanção administrativa, pois seria exigível que a Administração Pública estivesse no polo sancionador para caracterizar uma sanção como administrativa. Se olharmos o histórico do Direito Sancionador, observaremos que sua configuração não depende do elemento subjetivo relacionado à presença da Administração Pública no pólo sancionatório. A Lei de improbidade define ilícitos relacionados à função pública e, assim, substancialmente, adentra o chamado Direito da Função Pública, que pertence ao Direito Administrativo no plano material. Preconizamos uma definição substancial de direito administrativo, pois há bens jurídicos tutelados direta e primariamente por esse ramo jurídico que é o Direito Administrativo.⁽²³⁾

Por tais razões, vale reiterar este tópico, parece-nos que existe perfeita compatibilidade entre o regime especial de responsabilização política e o regime de improbidade administrativa previsto na Lei 8.429/92, cabendo, apenas e tão somente, restrições em relação ao órgão competente para impor as sanções quando houver previsão de foro privilegiado *ratione personae* nas **Constituições Federal e, quando for o caso, também na Estadual**, hipótese dos Prefeitos Municipais, por exemplo.(24) Tal prerrogativa se sustenta por inafastável simetria com o que ocorre em relação aos crimes comuns, porque da ação de improbidade podem resultar, entre outras sanções, a suspensão de direitos políticos ou a perda do cargo.(25)

4 Princípios aplicáveis à estrutura da infração (Direito Material) e ao processo sancionador (Direito Processual)

Aplicam-se aos atos de improbidade os princípios do Direito Punitivo e, muito especialmente, os do Direito Administrativo Sancionador. Daí a incidência do devido processo legal como garantia dos acusados e condicionante dos atos estatais punitivos.(26) Dele decorrem os princípios da Legalidade, da Tipicidade e da Culpabilidade. Também nele se percebe o princípio da Presunção de Inocência. E a razão é muito singela: sendo assegurado um devido processo legal, não há que se negar a evidência de que somente a lei pode fixar procedimentos, infrações e sanções, tal como ocorre no Direito Penal, admitindo-se apenas os matizes do Direito Administrativo (por exemplo, não há uma reserva de lei formal federal nesse campo). O devido processo garante uma perspectiva razoavelmente isonômica aos jurisdicionados e administrados no campo do Direito Sancionador. Da legalidade decorre, de modo muito específico, a garantia da tipicidade, que significa diretamente a função de separar o proibido do permitido por meio das descrições legais. Não se pode rechaçar normas dotadas de conceitos indeterminados ou normas em branco. Mas a conduta proibida deve conter uma previsão mínima na lei, que legitima o poder punitivo estatal à luz do princípio democrático. E é precisamente nesta direção que o princípio da culpabilidade igualmente encontra funcionalidade e razão existencial: ninguém pode evitar comportamentos proibidos se não houver responsabilidade subjetiva. A evitabilidade do fato depende da exigibilidade de conduta diversa. É o chamado poder agir de outro modo. Aqui, não bastasse, observe-se que a própria CF indica essa visão sistêmica, uma vez que, para os servidores públicos, nas meras ações de regresso, consoante previsto no art. 37, parágrafo 6º, exige-se dolo ou culpa. Com maior razão o rigor é ainda mais intenso em se tratando de pessoas em geral, pois o estatuto dos servidores públicos não pode criar privilégios nesse campo, diferenciando uma categoria exposta diretamente ao dever de probidade de outros que seriam os particulares, estes apenas indiretamente ligados ao mesmo dever constitucional. E se para ações não punitivas é exigível dolo ou culpa, obviamente que para as ações punitivas a mesma exigência se faz presente, em uma perspectiva mais aprofundada.

A noção material de bem jurídico ou do valor protegido pela vigência da norma é fundamental na estruturação das proibições e do alcance dos tipos sancionadores. Há uma relação estreita entre o dever de probidade e os direitos fundamentais conectados ao princípio da boa governança pública. Cuida-se de direitos fundamentais ligados às políticas públicas honestas e eficientes. Pela sua gravidade, a improbidade impacta diretamente direitos fundamentais.

Exige-se uma graduação proporcional das respostas estatais no direito punitivo. A proteção a direitos fundamentais, que legitima restrição a outros direitos fundamentais, deve ocorrer de modo razoável e proporcional, o que projeta efeitos nas teorias do ilícito e da tipicidade em Direito Sancionador.

Existem, nesse contexto, excludentes legais ou supralegais da tipicidade, da ilicitude e da culpabilidade, aplicáveis ao campo das ações sancionadoras da improbidade administrativa, as quais devem ser reconhecidas.

5 Teoria da tipicidade. Elementos da infração ao dever de probidade administrativa. Estrutura normativa da conduta ilícita

Uma característica fundamental da Lei 8.429/92, que decorre do regime jurídico de Direito Administrativo Sancionador, é que tal diploma cria **normas**

sancionadoras em branco. A observância do princípio democrático determina esta consequência hermenêutica, na medida em que a Lei deve definir, com pautas mínimas de clareza, segurança jurídica e previsibilidade, o alcance dos comportamentos proibidos. Trata-se de consequência dos princípios da legalidade e da tipicidade. Assim, ao abrigo da legalidade, evitam-se juízos puramente discricionários dos operadores jurídicos, uma vez que a intermediação legislativa densa torna-se obrigatória na estruturação dos comportamentos proibidos, para assegurar, inclusive, a potencial consciência da ilicitude dos destinatários das normas. E, precisamente, em decorrência de exigências imanentes ao Estado Democrático de Direito, as condutas não podem ser qualificadas como proibidas de modo retroativo ou arbitrário, eis uma funcionalidade relevante da lei nos sistemas democráticos. Em decorrência dessa limitação inerente ao sistema normativo brasileiro, não pode existir improbidade por meio da mera violação direta a princípios ou regras da Lei 8.429/92, porque, fosse assim, haveria uma delegação intolerável do legislador aos juízes, sem limites básicos, sem possibilidade de rastreamento da conduta vedada na legislação e com grave degradação da segurança jurídica. Percebe-se a necessidade de prévia intermediação legislativa na articulação e na construção dos ilícitos definidos na Lei 8.429/92. É necessária a violação às regras e aos princípios para que se reconheça um ato ímprobo, vale dizer, sem essa simultânea violação não há falar-se na improbidade. E, pela gravidade desse ilícito, a violação começa pela Constituição de 1988, que há de ser atingida pelo ato ímprobo. Relembre-se que o grau decisório da regra é maior quando comparado com a ambição decisória de um princípio jurídico. Sua proximidade na definição da conduta proibida atende o postulado da segurança jurídica. Por isso mesmo é que as regras devem ser consideradas na delimitação de um ilícito. E, quanto aos princípios, cumprem funções de embasamento do ordenamento jurídico, de modo que todo ato ímprobo há de agredir princípios constitucionais da Administração Pública. Uma das consequências mais notáveis dessa premissa, no entanto, aparentemente pouco compreendida de um modo geral, é que os ilícitos estruturados primariamente nas regras do artigo 11 da Lei 8.429/92 não podem descartar tipificações integradoras que conduzam à modalidade culposa (culpa grave). Nada impede a tipificação de ilícitos formais baseados na culpa grave.(27)

A existência de ações ou omissões de agentes públicos no desempenho de suas atribuições ou em razão delas é outro requisito para configuração da improbidade. Coautoria e participação são figuras aplicáveis à matéria da improbidade, evidentemente. Toda a teoria do concurso de pessoas é pertinente ao Direito Administrativo Sancionador, em especial na tutela da probidade. Como estamos diante de uma conduta típica, as teorias da ação, ou seja, da conduta, também encontram ressonância nesse campo. Ato ímprobo pressupõe violação a deveres públicos. A ilicitude é demarcada pela ilegalidade (tipicidade). Imperioso, assim, verificar as atribuições do sujeito e os deveres que correspondem ao seu cargo ou à sua função. Inadmissível a responsabilidade objetiva.

O desvalor do resultado e da ação (conduta) constitui outro dos requisitos basilares do conceito de improbidade. A exigibilidade da conduta diversa em momento de adequação típica é uma das conquistas mais relevantes do Direito Punitivo. Há uma tendência de antecipação do juízo de ilicitude no tipo. O princípio da insignificância e da adequação social constitui ferramenta indispensável à compreensão das figuras típicas. Admite-se a exclusão material da tipicidade. A verificação da compatibilidade da conduta com normas culturais político-administrativas integra o processo hermenêutico. Dolo e culpa são facetas da responsabilidade subjetiva.(28)

Dolo abrange elementos factuais e jurídicos da conduta proibida. O desvio de finalidade e o de poder podem ensejar reconhecimento de atuação dolosa. Todavia, nem todo desvio de finalidade ou desvio de poder há de configurar, necessariamente, improbidade. A persecução de finalidade pública diversa daquela prevista na regra de competência também pode integrar suporte fático da improbidade, mas não necessariamente. O estilo autoritário de um administrador que atropela o Estado de Direito pode configurar suporte para o dolo. O abuso de autoridade é emblemático nesse sentido: pode caracterizar improbidade, ainda que não traduza desonestidade funcional específica em

relação ao erário. A gravidade da conduta deve ser percebida no desvalor da ação e do resultado. Imperioso observar a conexão entre a teoria dos direitos fundamentais e os valores abrigados nas normas protetivas tipificadoras.(29)

Culpa é a inobservância de deveres objetivos de cuidado em relação a evitar certos comportamentos considerados nocivos aos bens jurídicos protegidos. Culpa grave, erro grosseiro, é requisito da improbidade culposa. Gravidade da intolerável ineficiência funcional é outra espécie de patologia, mas igualmente implicada a improbidade. Os incisos dos artigos 10 e 11, dependendo da estrutura redacional específica, comportam, ao nosso ver, enquadramento na categoria da culpa grave. Pode haver improbidade culposa nos ilícitos que não dependem de resultados. Registre-se, no entanto, que, na esteira do entendimento do STJ, de que é ilustrativo o caso relatado pelo Min. Mauro Campbel, ERESP- 875.163 RS, j. 23.06.2010, 1ª Secção, o elemento subjetivo é requisito indispensável à configuração da improbidade e está pacificada essa matéria, inclusive a exigência de dolo para o artigo 11. Já veremos quão equivocada pode resultar uma generalização desta vertente jurisprudencial, como se disse antes, porque da estrutura redacional de normas integradoras de outras espécies de improbidade, como a ambiental ou a urbanística, pode ser compatível com a culpa grave nos ilícitos formais. E o artigo 11 da Lei de Improbidade apenas define um conjunto de ilícitos formais.

A ideia de responsabilidade subjetiva, que permeia toda a aplicação do regime jurídico de Direito Sancionador, incluindo Direito Administrativo Sancionador, envolve um juízo sobre a imputabilidade geral do sujeito. No mesmo viés, segue a noção obrigatória de causalidade normativa adequada. Essa causalidade remete ao vínculo entre o desvalor da conduta e o resultado normativamente esperado, vínculo que há de ser comprovado e narrado, ao menos em tese, na própria inicial acusatória. Daí porque a lei apanha atos decisórios e requer uma ampla compreensão sobre a teoria das competências administrativas. Também os atos de opinião são eventualmente alcançados pela Lei 8.429/92. A responsabilidade dos pareceristas é medida que se impõe em termos de princípio republicano. Porém, entende-se que a responsabilidade somente é cabível quando a peça opinativa configura um instrumento dolosamente elaborado para o ato ilícito. Outra categoria de atos tipificados na lei é a dos atos materiais, os quais integram uma categoria autônoma. Tais atos mantêm uma relação indireta com as atribuições do servidor, pois não traduzem o exercício propriamente dito das atribuições. Tráfico de influência é ou pode ser uma situação emblemática nesse sentido, da mesma forma que a advocacia administrativa. Servidores públicos que obtêm vantagens ilícitas em razão de suas funções alinham-se no rol dos que praticam atos materiais expostos à categoria da improbidade. Finalmente, os atos de terceiros ensejam responsabilização à luz da Lei 8.429/92. Aplica-se, como já se disse alhures, plenamente a teoria do concurso de pessoas, observando-se os pressupostos dos sujeitos ativos e passivos definidos na lei. Incabível propositura de ação de improbidade apenas com o particular no pólo passivo. Repare-se no julgado do STJ – RESP 414697 – RO, Rel. Min. Hermann Benjamin, j. 25.10.2010: “Edital de licitação publicado no diário oficial, mas não em jornal de grande circulação. Omissão não imputada ao prefeito, que apenas homologou o procedimento licitatório. Não houve dano, tanto que sequer cogitado o ressarcimento”.

À luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, “para que se configure a conduta de improbidade administrativa é necessária a perquirição do elemento volitivo do agente público e de terceiros (dolo ou culpa), não sendo suficiente, para tanto, a irregularidade ou a ilegalidade do ato. Isso porque ‘não se pode confundir ilegalidade com improbidade. A improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente’.”(30)

A Lei 8.429/92 tem por objeto alcançar o Administrador desonesto que age de má-fé, não o inábil, o que autoriza constatação no sentido de que o STJ reconhece o direito ao erro.(31) E quanto aos aspectos sancionatórios da Lei de Improbidade, impõe-se exegese idêntica a que se empreende com relação às figuras típicas penais, quanto à necessidade de a improbidade revestir de grave ineficiência funcional e grave desonestidade com feição de corrupção de natureza econômica.(32)

6 Conceito de improbidade administrativa. Teoria da tipificação

Como buscamos apresentar em obra doutrinária, as seguintes características são inerentes aos atos de improbidade e delimitam sua dimensão conceitual:

Os fenômenos de graves desonestidades e ineficiências funcionais dos homens públicos, dentro da má gestão pública, apresentam dimensões sociológicas, éticas e históricas que se perdem nos tempos, mas que se transformam e adquirem novos significados a partir da formação do Estado Moderno e, sobretudo, a partir dos paradigmas da pós-modernidade, demandando remédios diferenciados e proporcionais, embora em uma perspectiva crescentemente unitária e coerente.

A categoria ético-normativa designada como corrupção – frequentemente utilizada no direito internacional e na literatura especializada como o uso indevido de atribuições públicas para obtenção de benefícios privados – não abrange a complexidade e os matizes das desonestidades e ineficiências intoleráveis no setor público, mas apenas de uma faceta da má gestão pública, possivelmente a menos frequente, ou seja, aquela que engloba as gravíssimas desonestidades, além de revelar-se incapaz de assinalar fenômenos que, embora não se encaixem na ideia de podridão moral do homem público, indicam altos níveis de reprovação ético-social. De modo que resulta aconselhável inserir o tratamento da corrupção como espécie de outra patologia, esta tida como mais ampla; a corrupção, ao revés, deve situar-se em um nível de detalhamento das desonestidades funcionais mais graves.

A categoria ético-normativa que se designa como improbidade – já utilizada no direito comparado e na literatura estrangeira, conquanto revestida de matizes – guarda relações com a ideia de honra no setor público, no marco de uma moralidade institucional republicana, abrangendo as patologias de graves desonestidades e graves ineficiências funcionais dos homens públicos, como espécie de má gestão pública. A honra profissional pode ser afetada não apenas por atos dolosos, mas também por atos culposos. Desonrado, no setor público, pode ser tanto o desonesto, quanto intoleravelmente ineficiente.

O fenômeno que designamos como improbidade administrativa, no direito administrativo brasileiro, desenhado no art. 37, § 4º, da CF, no marco da Lei 8.429/92, define-se como a má gestão pública gravemente desonesta ou gravemente ineficiente, por ações ou omissões, dolosas ou culposas, de agentes públicos no exercício de suas funções ou em razão delas, com ou sem a participação dos particulares, observados os pressupostos gerais de configuração típica e de imputação. A improbidade é espécie do gênero “má gestão pública”. A corrupção é espécie do gênero “improbidade”. A compreensão desses fenômenos a partir dessas relações é fundamental para perceber suas características e peculiaridades. A abordagem com o foco na ineficiência, quando sinalizada com a nota da gravidade, também pode aproximar-se da própria corrupção, na medida em que ambas traduzem níveis distintos de má gestão pública e ambas constituem espécies de improbidade administrativa. O próprio histórico da improbidade como elemento dos crimes de responsabilidade denuncia sua funcionalidade repressiva em relação a atos culposos. Daí porque resulta admissível, constitucionalmente, a improbidade culposa, dando-se densidade ao princípio da eficiência.

A improbidade é uma categoria de ilícito que traduz a última *ratio* no direito administrativo sancionador brasileiro, já que sua configuração exige a violação de deveres públicos em níveis especialmente altos e intensos, de modo que ao agente ímprobo se lhe deve deixar de reconhecer a honra de servir ao coletivo ou, como mínimo, impondo-lhe sanção que vá além da mera reparação de danos.

As sanções previstas para os atos de improbidade têm natureza jurídica de sanções administrativas, já que, no direito brasileiro, o conceito de sanção administrativa deve ser visto desde perspectivas formais e materiais, sendo possível que autoridades judiciais imponham sanções de direito administrativo aos ilícitos de improbidade e, assim, o regime jurídico aplicável é do direito administrativo sancionador brasileiro, com todas as suas garantias derivadas do

devido processo legal.

A Lei 8.429/92 é um Código Geral de Conduta dos agentes públicos brasileiros, alcançando inclusive os agentes políticos e, como Lei Geral, ostentando alcance nacional, compondo-se de normas de direito administrativo e processual, não permite que nenhum agente político escape à sua incidência. Suas normas espelham direito nacional, dando densidade aos princípios constitucionais que dominam a Administração pública brasileira, em qualquer de suas esferas e também em sua dimensão funcional. O fato de ser um Código Geral não torna a Lei de Improbidade infensa às peculiaridades das legislações setoriais que a integram, permitindo que sua incidência seja isonômica, é dizer, trate desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades. A descentralização se dá, nesse caso, pela via das leis setoriais e da hermenêutica dos juristas e operadores jurídicos. Alterações ou criações de novos tipos sancionadores, por seu turno, por meio de legislação extravagante, se integram à Lei Geral, submetendo-se ao seu império, respeitadas as peculiaridades normativas setoriais pertinentes.

As graves desonestidades e ineficiências funcionais dos agentes públicos resultam da violação, dolosa ou culposa, de normas legais e constitucionais que regem as funções públicas, com grave agressão a direitos fundamentais e normas de cultura administrativa vigentes, dentro do esquema típico da estrutura do ato ímprobo. O dolo ou a culpa se observam de acordo com a estrutura textual de cada dispositivo, não se podendo presumir que os atos culposos estejam circunscritos ao art. 10 da Lei Geral, porque o direito administrativo sancionador é mais flexível nesse aspecto e porque uma hermenêutica constitucionalmente adequada conduz a essa conclusão, em face do silêncio eloquente em prol do alargamento do espectro punitivo.

A improbidade administrativa, no marco da Lei Geral brasileira, está tipificada em três grandes blocos normativos de condutas dolosas e culposas, exigindo-se que o agente público – sujeito ativo – viole textos legais subjacentes aos tipos sancionadores, os quais constituem normas punitivas em branco. Não é admissível cogitar-se de improbidade em razão da pura violação a princípios, sendo imprescindível que ocorra violação a regras completivas. Tampouco se tolera configuração de improbidade administrativa a partir de vulneração direta aos dispositivos da Lei Geral, sendo necessário constatar agressão a outros dispositivos complementares, inclusive com assento constitucional.

A crise da Lei Geral de Improbidade Administrativa tem múltiplas facetas e expressa, em última análise, uma crise global das instituições fiscalizadoras. Há que se resgatar uma hermenêutica geral em torno ao fenômeno da improbidade e bem assim fomentar postura comprometida com a eficiência e os resultados por parte das instituições de controle. Adotar critérios razoáveis, seguros e previsíveis, na compreensão dos atos ímprobos, equivale a percorrer o caminho institucional do controle eficiente sobre a má gestão pública, sem descuidar dos mecanismos preventivos, tão ou mais importantes.

O conceito de improbidade administrativa, tal como desenhado na Carta Magna, art. 37, § 4º, e disciplinado na Lei 8.429/92, resulta estruturado de forma analítica a partir do somatório das seguintes assertivas:

- a) Categoria ético-normativa ligada à ideia de honra institucional, no marco de uma moralidade institucional republicana, que abarca patologias e transgressões normativas consubstanciadas em graves desonestidades e ineficiências funcionais dos agentes públicos, nas flutuações pertinentes à proporcionalidade enquanto postulado normativo e exposta ao processo hermenêutico institucionalizado em um marco de razoabilidade.
- b) Espécie de má gestão pública em que podem existir múltiplas categorias, revestindo-se das notas da desonestidade ou da ineficiência graves, passível de cometimento por ações ou omissões, dolosas ou culposas, de parte de agentes públicos no exercício de suas funções, ou em razão delas, com ou sem a participação de particulares.
- c) Exige vulneração de regras legais e princípios (ou princípios e regras)

constitucionais que presidem as funções públicas, com grave agressão a direitos fundamentais e a normas de cultura administrativa vigentes.

d) Perfectibiliza-se a partir de normas sancionadoras em branco, que se integram e se complementam por outras normas, e não pela simples violação a princípios e muito menos pela direta incidência da Lei 8.429/92.

Conclusões finais

Passados 20 (vinte) anos de vigência da Lei 8.429/92, apesar dos avanços no combate à má gestão pública e à corrupção em nosso país, existem lacunas e falhas das instituições fiscalizadoras que merecem ser diagnosticadas e corrigidas. Percebe-se que a conceituação do ato de improbidade administrativa, do regime jurídico aplicável, da natureza jurídica, com reflexos na teoria da tipificação desses atos ilícitos, é, curiosamente, um desafio ainda pendente de amadurecimento.

A ação civil pública por ato de improbidade administrativa, nitidamente um expediente tido como espécie das ações coletivas, tem importantes reflexos punitivos (de direito administrativo sancionador), assemelhando-se, portanto, ao processo penal, sobretudo no que se refere à necessária observância dos direitos e das garantias fundamentais assegurados na Constituição Federal. Por isso mesmo é oportuno o debate organizado pela Escola do TRF4, sob coordenação do eminente Desembargador Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, a quem agradeço novamente – homenageando essa Corte – pelo convite que me foi formulado.

Notas

1. Lei da Ação Popular: “Art. 2º (...) e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.”; Lei de Improbidade Administrativa: “Art. 11. (...) I – praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;”

2. O CNJ criou, em novembro de 2007 pela resolução 44, o banco nacional de dados envolvendo condenações por improbidade administrativa. O Cadastro Nacional de Condenados por Ato de Improbidade Administrativa contém informações quanto às penas aplicadas e à qualificação do condenado por cometer ato de lesão ao patrimônio público, de enriquecimento ilícito ou que atente contra os princípios da administração. A gestão do banco de dados é responsabilidade da Corregedoria Nacional de Justiça, que deve coordenar o cadastro com o auxílio das corregedorias dos Tribunais. Os dados sobre as condenações de pessoas físicas e jurídicas nos processos em que não cabem mais recursos são abastecidos por juízes das esferas estadual e federal de todo o país, mas lamentavelmente não há um controle rígido sobre a observância dessa alimentação do banco de dados, salvo melhor juízo. O banco de dados, se estivesse bem atualizado, permitiria o controle social dos atos da administração pública e garantiria a maior efetividade da Lei de Improbidade Administrativa. Além dos dados do condenado em processos transitados em julgado nos quais não cabe mais recurso, o banco inclui informações sobre os artigos da lei em que foi condenada a pessoa (física ou jurídica) e o período em que a pessoa ou a empresa ficará impedida de contratar com a administração ou de receber benefícios ou incentivos fiscais. Também contém campo específico no qual deve ser informada a data da comunicação à Justiça Eleitoral quanto à suspensão dos direitos políticos, o que impede o condenado de concorrer a eleições, afastando a possibilidade de pessoas já condenadas por improbidade administrativa de participar de processos eleitorais em todo o país, pelo prazo que foi estipulado na decisão judicial (fonte: agência de notícias do CNJ).

3. Não por outra razão, acreditamos que os grandes desafios da boa gestão pública, ou mesmo da Nova Gestão Pública, são muito mais operacionais do que teóricos, conforme alertamos oportunamente: MEDINA OSÓRIO, Fábio. Novos rumos da gestão pública brasileira: dificuldades teóricas ou operacionais? **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Internet, 2005.

4. Procedemos a esse amplo histórico na obra **Teoria da improbidade administrativa**. 2. ed. São Paulo: RT, 2010. Parece-nos interessante, ademais,

a leitura da obra de MARTINEZ-CARRASCO PIGNATELLI, Concepción. **Post modernidad y derecho público**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

5. Emblemática é a análise de COSTA TEIXEIRA, Carla. **A honra da política**. Rio de Janeiro: Núcleo da Antropologia da Política. Relume Dumará, 1998. Ela trata da lógica peculiar que domina os tribunais ou as instâncias tipicamente políticos.

6. BROSSARD, Paulo. **O Impeachment**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

7. Foi nessa direção que formulamos reflexões bastante aprofundadas na obra: OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

8. Para um histórico sobre corrupção pública, fundamental a obra de PERELLI, Luciano. **La corruzione politica nell'antica Roma**: Tangenti, mal-versazione, malcostume, illeciti, raccomandazioni. 3. ed. Milano: R.C.S. Libri S. p.A., 1999 – Superbur Saggi. Na Itália, quem põe claramente a estreita relação entre desorganização administrativa e corrupção é CASSESE, Sabino. Crisis y transformaciones Del derecho administrativo. **Documentación Administrativa**, n. 250-251, ene.-ago. 1998; **Le basi dei diritto amministrativo**. 4. ed. Milano: Nuova edizione rivista e aggiornata, 1997; CASSESE, Sabino (org.). **Le disfunzione dei controlli amministrativi**. I controlli nella pubblica amministrazione. Bologna: Il Mulino, 1993; CASSESE, Sabino. **"Maladministracion" e rimedi**. Il Foro Italiano, n. 9, 1992.

9. Sobre a nova codificação nas famílias romano-germânicas, consulte-se a excelente obra de GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Justicia y seguridad jurídica em um mundo de leyes desbocadas. **Cuadernos Civitas**. 1. ed. Reump. Madrid: Civitas, 1999; **Democracia, jueces y control de La administración**. 4. ed. Madrid: Civitas, 1998; **Revolución francesa y administración contemporánea**. Madrid: Civitas, 1998; **La lengua de los derechos**. La formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa. Madrid: Alianza, 1994.

10. MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança**. Atualizado por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 215 ("é inegável que a chamada ação de improbidade administrativa tem cunho civil (ressaltados, obviamente, os aspectos criminais da Lei nº 8.429/92, a serem perseguidos em ação penal própria, que não se confunde com a ação civil de improbidade, aqui abordada). (...) tais características, no entanto, fazem da ação de improbidade administrativa uma ação civil de forte conteúdo penal e com inegáveis aspectos políticos.").

11. Veja-se: MEDINA OSÓRIO, Fábio. Corrupción y mala gestión de la "res publica": el problema de La improbidad administrativa y su tratamiento em el derecho administrativo sancionador brasileño. **Revista de Administración Publica**, Madrid, v. 149, p. 487-522, 1999.

12. Da ementa do referido acórdão, destaca-se o seguinte trecho: "(...) Improbidade administrativa. Crimes de responsabilidade. Os atos de improbidade administrativa são tipificados como crime de responsabilidade na Lei nº 1.079/1950, delito de caráter político-administrativo. II.2. Distinção entre os regimes de responsabilização político-administrativa. O sistema constitucional brasileiro distingue o regime de responsabilidade dos agentes políticos dos demais agentes públicos. A Constituição não admite a concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos: o previsto no art. 37, § 4º (regulado pela Lei nº 8.429/1992), e o regime fixado no art. 102, I, c, (disciplinado pela Lei nº 1.079/1950). Se a competência para processar e julgar a ação de improbidade (CF, art. 37, § 4º) pudesse abranger também atos praticados pelos agentes políticos, submetidos a regime de responsabilidade especial, ter-se-ia uma interpretação ab-rogante do disposto no art. 102, I, c, da Constituição. II.3. Regime especial. Ministros de Estado. Os Ministros de Estado, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade (CF, art. 102, I, c; Lei nº 1.079/1950), não se submetem ao modelo de competência previsto no regime comum da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992). II.4. Crimes de responsabilidade. Competência do Supremo Tribunal Federal. Compete exclusivamente ao

Supremo Tribunal Federal processar e julgar os delitos político-administrativos, na hipótese do art. 102, I, c, da Constituição. Somente o STF pode processar e julgar Ministro de Estado no caso de crime de responsabilidade e, assim, eventualmente, determinar a perda do cargo ou a suspensão de direitos políticos. II.5. Ação de improbidade administrativa. Ministro de Estado que teve decretada a suspensão de seus direitos políticos pelo prazo de 8 anos e a perda da função pública por sentença do Juízo da 14ª Vara da Justiça Federal – Seção Judiciária do Distrito Federal. Incompetência dos juízos de primeira instância para processar e julgar ação civil de improbidade administrativa ajuizada contra agente político que possui prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal, por crime de responsabilidade, conforme o art. 102, I, c, da Constituição. (...)”

13. Em relação à referida ADI 2797, importante salientar o excerto abaixo: “Inconstitucionalidade do § 1º do art. 84 C. Pr. Penal, acrescido pela lei questionada e, por arrastamento, da regra final do § 2º do mesmo artigo, que manda estender a regra à ação de improbidade administrativa. IV. **Ação de improbidade administrativa: extensão da competência especial por prerrogativa de função estabelecida para o processo penal condenatório contra o mesmo dignitário (§ 2º do art. 84 do C. Pr. Penal, introduzido pela L. 10.628/2002): declaração, por lei, de competência originária não prevista na Constituição: inconstitucionalidade.** 1. No plano federal, as hipóteses de competência cível ou criminal dos tribunais da União são as previstas na Constituição da República ou dela implicitamente decorrentes, salvo quando esta mesma remeta à lei a sua fixação. 2. Essa exclusividade constitucional da fonte das competências dos tribunais federais resulta, de logo, de ser a Justiça da União especial em relação às dos Estados, detentores de toda a jurisdição residual. 3. Acresce que a competência originária dos Tribunais é, por definição, derrogação da competência ordinária dos juízos de primeiro grau, do que decorre que, demarcada a última pela Constituição, só a própria Constituição a pode excetuar. 4. Como mera explicitação de competências originárias implícitas na Lei Fundamental, à disposição legal em causa seriam oponíveis as razões já aventadas contra a pretensão de imposição por lei ordinária de uma dada interpretação constitucional. 5. De outro lado, pretende a lei questionada equiparar a ação de improbidade administrativa, de natureza civil (CF, art. 37, § 4º), à ação penal contra os mais altos dignitários da República, para o fim de estabelecer competência originária do Supremo Tribunal, em relação à qual a jurisprudência do Tribunal sempre estabeleceu nítida distinção entre as duas espécies. 6. Quanto aos Tribunais locais, a Constituição Federal – salvo as hipóteses dos seus arts. 29, X, e 96, III –, reservou explicitamente às Constituições dos Estados-membros a definição da competência dos seus tribunais, o que afasta a possibilidade de ser ela alterada por lei federal ordinária. V. **Ação de improbidade administrativa e competência constitucional para o julgamento dos crimes de responsabilidade.** 1. O eventual acolhimento da tese de que a competência constitucional para julgar os crimes de responsabilidade haveria de estender-se ao processo e ao julgamento da ação de improbidade, agitada na Rcl. 2138, ora pendente de julgamento no Supremo Tribunal, não prejudica nem é prejudicada pela inconstitucionalidade do novo § 2º do art. 84 do C. Pr. Penal. 2. A competência originária dos tribunais para julgar crimes de responsabilidade é bem mais restrita que a de julgar autoridades por crimes comuns: afora o caso dos chefes do Poder Executivo – cujo *impeachment* é da competência dos órgãos políticos –, a cogitada competência dos tribunais não alcançaria, sequer por integração analógica, os membros do Congresso Nacional e das outras casas legislativas, aos quais, segundo a Constituição, não se pode atribuir a prática de crimes de responsabilidade. 3. Por outro lado, ao contrário do que sucede com os crimes comuns, a regra é que cessa a imputabilidade por crimes de responsabilidade com o termo da investidura do dignitário acusado.”

14. Na mesma direção, confira-se: “EMENTA: Questão de ordem. Ação civil pública. **Ato de improbidade administrativa.** Ministro do Supremo Tribunal Federal. Impossibilidade. Competência da Corte para processar e julgar seus membros apenas nas infrações penais comuns. 1. **Compete ao Supremo Tribunal Federal julgar ação de improbidade contra seus membros.** 2. Arquivamento da ação quanto ao Ministro da Suprema Corte e remessa dos autos ao Juízo de 1º grau de jurisdição no tocante aos demais.” (Pet-QO 3211,

Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MENEZES DIREITO, Tribunal Pleno.)

15. Nesse sentido, a prevalecer à ideia de prerrogativa de foro nas ações de improbidade administrativa para aqueles que tivessem a mesma prerrogativa na seara criminal, teríamos o seguinte quadro normativo: COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO STF: 1) Presidente da República, Vice-Presidente, membros do Congresso Nacional, Ministros do STF e Procurador-Geral da República (art. 102, I, *b*, CF); 2) Ministros de Estado, Comandantes das Forças Armadas, membros dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União (art. 102, II, *c*, CF). **COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO STJ:** 1) Governadores dos Estados e do Distrito Federal, membros dos Tribunais de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais do Trabalho, dos Tribunais Regionais Eleitorais, de Tribunais de Contas dos Estados e membros do Ministério Público que oficiem perante essas cortes (art. 105, I, *a*, da CF). **COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA DOS ESTADOS:** 1) dos Prefeitos Municipais (art. 29, X, CF); 2) dos Deputados Estaduais, Juízes de Direito, Secretários de Estado, membros do Ministério Público (v. Constituições estaduais).

16. Destaca-se do julgado: A prerrogativa de foro "(...) decorre diretamente do sistema de competências estabelecido na Constituição, que não se compatibiliza com a viabilidade de conferir a juiz de primeira instância competência para processar e julgar causa promovida contra ministro do Supremo Tribunal Federal cuja procedência pode acarretar a sanção de perda do cargo. Esse precedente afirma a tese da existência, na Constituição, de **competências implícitas complementares**, deixando claro que, inobstante a declaração de inconstitucionalidade do art. 84 e parágrafos do CPP, na redação dada pela Lei 10.628, de 2002 (ADI 2.860-0, Min. Sepúlveda Pertence, DJ 19.12.2006), a prerrogativa de foro, em ações de improbidade, tem base para ser sustentada, implicitamente, na própria Carta Constitucional. À luz dessa orientação, impõe-se a revisão da jurisprudência do STJ sobre o tema. Com efeito, as mesmas razões que levaram o STF a negar a competência de juiz de grau inferior para a ação de improbidade contra seus membros autorizam a concluir, desde logo, que também **não há competência de primeiro grau para julgar ação semelhante, com possível aplicação da pena de perda do cargo, contra membros de outros tribunais superiores ou de tribunais de segundo grau, como no caso.**"

17. Igualmente importante o posicionamento firmado pelo STJ na Rcl 2790 e nos seguintes precedentes abaixo colacionados: "(...) Por decisão de 13 de março de 2008, o STF, com apenas um voto contrário, declarou que 'compete ao Supremo Tribunal Federal julgar ação de improbidade contra seus membros' (QO na Pet. 3.211-0, Min. Menezes Direito, DJ 27.06.2008). Considerou, para tanto, que a prerrogativa de foro, em casos tais, decorre diretamente do sistema de competências estabelecido na Constituição, que assegura a seus Ministros foro por prerrogativa de função, tanto em crimes comuns, na própria Corte, quanto em crimes de responsabilidade, no Senado Federal. Por isso, 'seria absurdo ou o máximo do contrassenso conceber que ordem jurídica permita que Ministro possa ser julgado por outro órgão em ação diversa, mas entre cujas sanções está também a perda do cargo. Isso seria a desestruturação de todo o sistema que fundamenta a distribuição da competência' (voto do Min. Cezar Peluso). Esses mesmos fundamentos de natureza sistemática autorizam a concluir, **por imposição lógica de coerência interpretativa, que norma infraconstitucional não pode atribuir a juiz de primeiro grau o julgamento de ação de improbidade administrativa, com possível aplicação da pena de perda do cargo, contra Governador do Estado, que, a exemplo dos Ministros do STF, também tem assegurado foro por prerrogativa de função, tanto em crimes comuns (perante o STJ), quanto em crimes de responsabilidade (perante a respectiva Assembleia Legislativa)**. É de se reconhecer que, por inafastável simetria com o que ocorre em relação aos crimes comuns (CF, art. 105, I, *a*), há, em casos tais, competência implícita complementar do Superior Tribunal de Justiça." (Rcl 2790/SC, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Corte Especial, j. 02.12.2009, DJe 04.03.2010)

"ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. FORO ESPECIAL POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. **DEPUTADO ESTADUAL**. PROCESSO E JULGAMENTO PERANTE O TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. **O foro especial por prerrogativa de função é uma garantia que compõe o devido processo legal e tutela as pessoas indicadas na Constituição Federal e nas Constituições dos Estados, estabelecendo a privatividade das Cortes Julgadoras, para o processo e o julgamento de ações sancionatórias contra elas assestadas.** 2. **Inicialmente instituído para ter aplicação no âmbito do Processo Penal, o foro especial por prerrogativa de função foi assegurado, também, às pessoas que, detentoras dessa prerrogativa no crime, sejam processadas por ato de improbidade, conforme diretriz superiormente afirmada pela Corte Especial do STJ (RCL 2.790/SC).** 3. Como consignado no voto do Relator da RCL 2.790/SC (Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI), o precedente da QO na PET 3.211-0, do STF (Rel. Min. MENEZES DIREITO), serve como elemento de definição implícita da competência do STJ, por imposição lógica e coerência interpretativa. 4. Neste caso, a Constituição Potiguar (art. 71, I, alínea c prevê o foro especial do Deputado Estadual no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. 5. Agravo Regimental a que se nega provimento, mantendo-se a tutela liminar até o julgamento da Medida Cautelar pela Turma." **(AgRg na MC 18.692/RN, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15.03.2012, DJe 20.03.2012)**

"CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AGENTES POLÍTICOS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE DA CORTE ESPECIAL. **SECRETÁRIOS DE ESTADO**. COMPETÊNCIA. PRERROGATIVA DE FORO. CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. **COMPETÊNCIAS IMPLÍCITAS COMPLEMENTARES**. REMESSA AO TRIBUNAL DE JUSTIÇA LOCAL. 1. Trata-se de Ação Civil Pública contra os recorridos em razão da prática de atos de improbidade administrativa, descritos como dispensa indevida de licitação, desvio de verbas públicas, autorização de despesas não previstas em lei e desvio de finalidade na implementação do "Programa do Leite", com prejuízo aos cofres públicos no valor de aproximadamente R\$ 10 milhões. 2. Após sentença de procedência, o acórdão acolheu a alegação de inaplicabilidade de Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos e, em relação aos demais, anulou a sentença por cerceamento de defesa. O Recurso Especial pugna pela reforma do acórdão nesses dois pontos. 3. A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça decidiu pela submissão dos agentes políticos à Lei de Improbidade Administrativa (Rcl 2.790/SC, Corte Especial, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJe 04.03.2010). 4. Todavia, o mesmo precedente estabelece **privilégio de foro aos agentes políticos em ações de improbidade – com base em construção amparada em julgado do STF –, na relevância do cargo de determinados sujeitos, no interesse público ao seu bom e independente exercício e na ideia de competências implícitas complementares.** 5. A Constituição do Estado do Rio Grande do Norte prevê prerrogativa de Foro a Secretários de Estado. 6. Recurso Especial parcialmente provido para reconhecer a aplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa aos recorridos, agentes políticos, com remessa, de ofício, dos autos ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte para que julgue a demanda em competência originária." **(REsp 1235952/RN, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 02.06.2011, DJe 15.06.2011)**

18. GREVE DE SERVIDOR PÚBLICO: "(...) Vê-se, pois, que **o sistema constitucional não repudia a ideia de competências implícitas complementares, desde que necessárias para colmatar lacunas constitucionais evidentes.** Por isso, considero viável a possibilidade de aplicação das regras de competência insculpidas na Lei nº 7.701/88 para garantir uma prestação jurisdicional efetiva na área de conflitos paredistas instaurados entre o Poder Público e os servidores públicos estatutários (CF, arts. 5º, XXXV, e 93, IX). (...)” **(RE 478936, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, j. 20.09.2010, publ. 12.11.2010)**

INQUÉRITOS CRIMINAIS: "(...) A decisão judicial que determina abertura de inquéritos originários para a apuração de condutas eventualmente imputadas a autoridades dotadas de prerrogativa de foro perante esta Corte há de ser entendida de maneira a evitar a interpretação de que as competências

constitucionais dos órgãos do Poder Judiciário – em especial a deste Supremo Tribunal Federal – estariam definidas em *numerusclausus*. A pretensão decorrência imediata de tais argumentos é a suposta exigência de norma constitucional para a disciplina específica do tema. (...) Vejam, portanto, em uma Constituição tão detalhada como a nossa, que não há como não fazer essa interpretação compreensiva do texto constitucional. Resulta impossível não se fazer esse tipo de compreensão com relação à competência para aquilo que o Min. Sepúlveda Pertence denomina como atividade constitucional de ‘supervisão judicial (e nada mais do que isso) do Supremo Tribunal Federal’ (Voto proferido pelo Min. Sepúlveda Pertence na RCL no 2.349-TO, DJ de 05.08.2005). **Nosso sistema constitucional não repudia, por conseguinte, a ideia de competências implícitas complementares, desde que necessárias para colmatar lacunas constitucionais evidentes. Parece-me que esse argumento está fortemente consolidado.** Por isso considero incorreta e contrária à jurisprudência pacífica a afirmação segundo a qual a competência desta Corte há de ser interpretada de forma restritiva. Para o caso específico da apreciação das questões incidentes nos inquéritos originários, invoco o precedente firmado no julgamento da RCL nº 2.349-TO, Red. para o acórdão Min. Cezar Peluso, Rel. originário Min. Carlos Velloso (DJ de 05.08.2005). Nesse julgado, o Plenário, por maioria, asseverou a necessidade de garantia da competência do STF para, nos termos do art. 102, I, b, fazer incidir o foro por prerrogativa de função com relação a parlamentares sempre que intimados com o objetivo de esclarecerem imputação, ao menos em tese, criminosos, na condição de investigado e/ou testemunha. (...)” **(Inq 2963, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, j. 04.06.2010, publ. 18.06.2010) PARTICIPAÇÕES GOVERNAMENTAIS POR EXPLORAÇÕES PETROLÍFERAS:** “(...) Naquela oportunidade, após considerações sobre o entendimento da Corte acerca de sua competência – inclusive das situações em que, à vista de interesses relevantes para a preservação do equilíbrio constitucional e federativo, admite o Tribunal ‘a possibilidade de extensão ou ampliação de sua competência expressa quando esta resulta implícita no próprio sistema constitucional’ (disse eu, então: ‘Vê-se, pois, que **o sistema constitucional não repudia a ideia de competências implícitas complementares, desde que necessárias para colmatar lacunas constitucionais evidentes.** Por isso, afigura-se-me incorreta e contrária à jurisprudência pacífica a afirmação segundo a qual a competência desta Corte há de ser interpretada de forma restritiva’) (...)” **(ACO 834 MC, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, j. 13.12.2005, publ. 13.03.2006) REFERENDO DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO:** “(...) Vê-se, pois, que **o sistema constitucional não repudia a ideia de competências implícitas complementares, desde que necessárias para colmatar lacunas constitucionais evidentes.** Por isso, afigura-se-me incorreta e contrária à jurisprudência pacífica a afirmação segundo a qual a competência desta Corte há de ser interpretada (...) de forma restritiva.” **(Pet 3433, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, j. 29.06.2005, publ. 01.08.2005) COMPETÊNCIA PARA O JULGAMENTO DE HABEAS CORPUS DE ACÓRDÃO DE TURMA RECURSAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS:** “(...) Em consequência, por entender que o sistema constitucional não repudia a ideia de competências implícitas complementares, desde que necessárias para colmatar lacunas constitucionais evidentes, conheço do presente recurso. (...)” **(RHC 85951 MC, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, j. 23.05.2005, publ. 31.05.2005)**

19.“(...) A decisão judicial que determina abertura de inquéritos originários para a apuração de condutas eventualmente imputadas a **autoridades dotadas de prerrogativa de foro perante esta Corte há de ser entendida de maneira a evitar a interpretação de que as competências constitucionais dos órgãos do Poder Judiciário – em especial a deste Supremo Tribunal Federal – estariam definidas em *numerusclausus*.** A pretensão decorrência imediata de tais argumentos é a suposta exigência de norma constitucional para a disciplina específica do tema. (...) Vejam, portanto, em uma Constituição tão detalhada como a nossa, que não há como não fazer essa interpretação compreensiva do texto constitucional. Resulta impossível não se fazer esse tipo de compreensão com relação à competência para aquilo que o Min. Sepúlveda Pertence denomina como atividade constitucional de ‘supervisão judicial (e nada mais do que isso) do Supremo Tribunal Federal’ (Voto proferido pelo Min. Sepúlveda Pertence na RCL no 2.349-TO, DJ de 05.08.2005). **Nosso sistema constitucional não repudia, por conseguinte, a ideia de competências**

implícitas complementares, desde que necessárias para colmatar lacunas constitucionais evidentes. Parece-me que este argumento está fortemente consolidado. Por isso considero incorreta e contrária à jurisprudência pacífica a afirmação segundo a qual a competência desta Corte há de ser interpretada de forma restritiva. Para o caso específico da apreciação das questões incidentes nos inquéritos originários, invoco o precedente firmado no julgamento da RCL nº 2.349-TO, Red. para o acórdão Min. Cezar Peluso, Rel. originário Min. Carlos Velloso (DJ de 05.08.2005). Nesse julgado, o Plenário, por maioria, asseverou a necessidade de garantia da competência do STF para, nos termos do art. 102, I, *b*, fazer incidir o foro por prerrogativa de função com relação a parlamentares sempre que intimados com o objetivo de esclarecerem imputação, ao menos em tese, criminosa, na condição de investigado e/ou testemunha. (...)” (Inq 2963, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, j. 04.06.2010, publ. 18.06.2010)

20. "É o conteúdo do ato sancionador, jurisdicional ou administrativo, consistente no mal ou castigo imposto ao administrado ou jurisdicionado, em caráter geral e para o futuro, conforme as regras e os princípios do direito administrativo, como consequência da prática de um ilícito administrativo por omissão ou ação, traduzindo-se como privação de direitos ou imposição de deveres, excluída a liberdade de ir e vir (prerrogativa do direito penal – e excepcionadas as penas disciplinares militares), no interior do processo administrativo ou judicial, tendo por finalidade a repressão da conduta ilegal, como reação jurídica à ocorrência de um comportamento proibido." (MEDINA OSÓRIO, Fábio. *Corrupción y mala gestión de la "res publica": el problema de la improbidad administrativa y su tratamiento en el derecho administrativo sancionador brasileño*. *Revista de Administración Pública*, v. 149, p. 487-522, 1999.)

21. **Salienta-se:** "2. As sanções do art. 12, I, II e III, da Lei nº 8.429/92 não são necessariamente cumulativas, cabendo ao magistrado a sua dosimetria; aliás, como deixa entrever o parágrafo único do mesmo dispositivo. (...) Deveras, *in casu*, a aferição acerca da prática de atos de improbidade, para fins de imposição das penalidades previstas no art. 12, II, da Lei nº 8.429/92, à luz do conjunto fático-probatório carreado aos autos, consoante se infere de excerto do voto condutor do acórdão hostilizado, impede o exame do recurso especial, neste particular, ante a incidência da Súmula 07/STJ. A promulgação da Constituição Federal de 1988 alargou o campo de atuação do *Parquet*, legitimando-o a promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros direitos difusos e coletivos (*ratio essendi* do art. 129, III, CF/88). Consectariamente, o Ministério Público está legitimado a defender os interesses transindividuais, quais sejam os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos. O inciso IV do art. 1º da Lei nº 7.347/85 legitima o Ministério Público à propositura da ação civil pública em defesa de qualquer interesse difuso ou coletivo, abarcando nessa previsão o resguardo do patrimônio público, máxime diante do comando do art. 129, inciso III, da Carta Maior, que prevê a ação civil pública, agora de forma categórica, como instrumento de proteção do patrimônio público e social (Precedentes: REsp nº 686.993/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 25.05.2006; REsp nº 815.332/MG, Rel. Min. Francisco Falcão, DJU de 08.05.2006; e REsp nº 631.408/GO, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU de 30.05.2005). Ademais, o *nomem juris* é indiferente nessas hipóteses de improbidade em que se segue o *iter* procedimental da Lei 8.429/92, aduzindo-se à ação civil pública tão somente pela natureza difusa que eclipsa a tutela do patrimônio público."

22. **Inevitável destacar a abrangência da decisão:** "LIMITAÇÃO DE DIREITOS E NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA, PARA EFEITO DE SUA IMPOSIÇÃO, DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. A Constituição da República estabelece, em seu art. 5º, incisos LIV e LV, considerada a essencialidade da garantia constitucional da plenitude de defesa e do contraditório, que ninguém pode ser privado de sua liberdade, de seus bens ou de seus direitos sem o devido processo legal, notadamente naqueles casos em que se viabilize a possibilidade de imposição, a determinada pessoa ou entidade, seja ela pública, seja privada, de medidas consubstanciadoras de limitação de direitos. A jurisprudência dos Tribunais, notadamente a do Supremo Tribunal Federal, tem reafirmado a essencialidade do princípio da plenitude de defesa, nele reconhecendo uma insuprimível garantia, que, instituída em favor de

qualquer pessoa ou entidade, rege e condiciona o exercício, pelo Poder Público, de sua atividade, ainda que em sede materialmente administrativa ou no âmbito político-administrativo, sob pena de nulidade da própria medida restritiva de direitos, revestida, ou não, de caráter punitivo. Doutrina. Precedentes.”

23. O histórico do direito administrativo sancionador que permite essa leitura está tanto em NIETO, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador**. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1994, quanto em DELLIS, Georges. **Droit penal et droit administratif**: l'influence des principes du droit penale sur le droit administratif répressif. Paris: L.G.D.J., 1997.

24. **Cita-se, por todos, os seguintes precedentes:** “Competência. *Ratione muneris*. Foro especial ou prerrogativa de foro. Perda superveniente. Ação de improbidade administrativa. Mandato eletivo. Ex-prefeito municipal. Cessação da investidura no curso do processo. Remessa dos autos ao juízo de primeiro grau. Ofensa à autoridade da decisão da Rcl 2.381. Não ocorrência. Fato ocorrido durante a gestão. Irrelevância. Reclamação julgada improcedente. Agravo improvido. Inconstitucionalidade dos § 1º e § 2º do art. 84 do CPP, introduzidos pela Lei 10.628/2002. ADI 2.797 e 2.860. Precedentes. **A cessação do mandato eletivo, no curso do processo de ação de improbidade administrativa, implica perda automática da chamada prerrogativa de foro e deslocamento da causa ao juízo de primeiro grau, ainda que o fato que deu causa à demanda haja ocorrido durante o exercício da função pública.**” (Rcl 3.021-AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 03.12.2008, Plenário, DJE de 06.02.2009.)

“ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AGENTES POLÍTICOS. COMPATIBILIDADE ENTRE REGIME ESPECIAL DE RESPONSABILIZAÇÃO POLÍTICA E A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. (...) 2. Esta Corte Superior admite a possibilidade de ajuizamento de ação de improbidade em face de agentes políticos, em razão da perfeita compatibilidade existente entre o regime especial de responsabilização política e o regime de improbidade administrativa previsto na Lei nº 8.429/92, **cabendo, apenas e tão somente, restrições em relação ao órgão competente para impor as sanções quando houver previsão de foro privilegiado *ratione personae* na Constituição da República vigente.** Precedentes. 3. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.” (REsp 1282046/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 16.02.2012, DJe 27.02.2012)

25. “ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AGENTE POLÍTICO ELEITO PARA O CARGO DE DEPUTADO FEDERAL. AÇÃO QUE PODE ENSEJAR A PERDA DO MANDATO. FORO PRIVILEGIADO. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DA CORTE ESPECIAL DO STJ. AUSÊNCIA DE OMISSÃO OU EQUÍVOCOS. 1. Os embargos de declaração são cabíveis quando o provimento jurisdicional padece de omissão, contradição ou obscuridade, consoante dispõe o art. 535, I e II, do CPC, bem como para sanar a ocorrência de erro material. 2. No caso, não se verificam omissão ou equívoco a serem sanados, porquanto o acórdão ora embargado de forma fundamentada, clara e coerente externou o entendimento de que **o foro privilegiado também deve ser aplicado às ações civis públicas por ato de improbidade administrativa, quando houver a possibilidade de a autoridade investigada perder o cargo ou o mandato.** 3. Conforme fundamentação externada, em voto vista, pelo Ministro Teori Albino Zavascki, ‘por imposição lógica de coerência interpretativa, a prerrogativa de foro em ação penal perante o STF, assegurada aos parlamentares federais, se estende, por inafastável simetria com o que ocorre em relação aos crimes comuns (CF, art. 53, § 1º e art. 102, I, c), à ação de improbidade, da qual pode resultar, entre outras sanções, a suspensão de seus direitos políticos e a própria perda do cargo. Considerando que o fato superveniente, que determinou a modificação da competência, se deu após a interposição do recurso especial e do próprio agravo de instrumento ora em exame (protocolizado em 27.09.2010), é de se considerar, também por analogia com a ação penal, que são legítimos os atos processuais até então praticados, cabendo a remessa dos autos ao STF para apreciar os recursos interpostos’. 4. Embargos de declaração rejeitados.” (EDcl

no AgRg no Ag 1404254/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06.03.2012, DJe 09.03.2012)

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AGENTE POLÍTICO ELEITO PARA O CARGO DE DEPUTADO FEDERAL. AÇÃO QUE PODE ENSEJAR A PERDA DO MANDATO. FORO PRIVILEGIADO. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DA CORTE ESPECIAL DO STJ. REMESSA DOS AUTOS AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. Trata-se de agravo regimental interposto por Anthony William Garotinho Matheus de Oliveira contra decisão que negou provimento a seu agravo de instrumento. 2. A Primeira Turma do STJ, acolhendo questão de ordem apresentada pelo Ministro Teori Albino Zavascki, na sessão de julgamento realizada em 27.09.2011, entendeu declinar da competência para o julgamento do presente recurso e determinar sua remessa, no estado em que se encontra, ao Supremo Tribunal Federal, em razão de o agravante, que é réu em ação de improbidade administrativa, ter sido eleito, supervenientemente ao ajuizamento da ação, como deputado federal. 3. A Corte Especial do STJ, após alteração do entendimento jurisprudencial até então prevalecente no âmbito do STJ, vem entendendo, de forma pacífica, que **o foro privilegiado também deve ser aplicado às ações civis públicas por ato de improbidade administrativa, quando houver a possibilidade de a autoridade investigada perder o cargo ou o mandato**. A respeito, *vide*: Rcl 4.927/DF, Rel. Ministro Felix Fischer, Corte Especial, DJe 29.06.2011; AgRg na Sd 208/AM, Rel. Ministro João Otávio De Noronha, Corte Especial, DJe 12.05.2010; Rcl 2.790/SC, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, DJe 04.03.2010. 4. Remetam-se os autos ao STF.” (AgRg no Ag 1404254/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27.09.2011, DJe 17.10.2011)

26. CRFB: “Art. 5º (...) LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”; Lei 9.784/99: “Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, da finalidade, da motivação, da razoabilidade, da proporcionalidade, da moralidade, da ampla defesa, do contraditório, da segurança jurídica, do interesse público e da eficiência. Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: I – atuação conforme a lei e o Direito;”

27. Nesse sentido: STJ – AIA 30-AM, EREsp 875163-RS, EREsp 654721-MT, REsp 827445-SP, REsp 1163643-SP. Por todos: EMENTA: “PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE SERVIDORES SEM CONCURSO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE ELEMENTO SUBJETIVO (DOLO OU CULPA GRAVE) NA CONDUTA DO DEMANDADO. 1. É firme a jurisprudência do STJ, inclusive de sua Corte Especial, no sentido de que ‘Não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade. A improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, **a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos eivada de culpa grave**, nas do artigo 10’ (AIA 30/AM, Corte Especial, DJe de 27.09.2011). 2. Agravo regimental a que se nega provimento.” (AgRg no REsp 975.540/SP, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17.11.2011, DJe 28.11.2011).

EMENTA: “Ação civil pública por ato de improbidade administrativa. Aplicabilidade da Lei 8.429/92 aos agentes políticos. **Ex-Prefeito municipal**. Falta de propositura de execuções para cobrança de dívida ativa. **Inexistência de demonstração de culpa grave ou dolo**. A Lei nº 8.429/92 aplica-se aos agentes ou ex-agentes políticos, detentores de mandato eletivo, conforme as regras dos seus arts. 1º e 2º, que abrangem toda e qualquer pessoa que, mantendo relação com a Administração pública, tenha praticado ato de improbidade administrativa. **Os agentes políticos, por terem liberdade funcional, ficam a salvo de responsabilização por eventuais falhas de atuação, quando estas não decorrem de culpa grave, má-fé ou abuso de poder**. Remove a atribuição de improbidade administrativa, a **inexistência de dolo ou de culpa grave de ex-Prefeito Municipal na falta de propositura de execuções fiscais para a exigência de créditos tributários, quando**

provada a utilização dos meios administrativos de cobrança. A negligência prevista no art. 10, X, da Lei nº 8.429/92 se configura somente quando provada a atitude deliberada de não arrecadar tributo ou renda. Rejeitam-se as preliminares e nega-se provimento ao recurso.” (TJMG – AC – 1.0155.02.002510-4/001(1) – Rel. Des. Almeida Melo – julgamento em 29.11.2007)

28. “ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. LEI 8.429/92. LICITAÇÃO. NECESSIDADE DE CONFIGURAÇÃO DO DOLO DO AGENTE PÚBLICO. (...) 1. **Nem todo o ato irregular ou ilegal configura ato de improbidade, para os fins da Lei 8.429/92.** A ilicitude que expõe o agente às sanções ali previstas está subordinada ao princípio da tipicidade: é apenas aquela especialmente qualificada pelo legislador. 2. As condutas típicas que configuram improbidade administrativa estão descritas nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei 8.429/92, sendo que, apenas para as do art. 10, a lei prevê a forma culposa. **Considerando que, em atenção ao princípio da culpabilidade e ao da responsabilidade subjetiva, não se tolera responsabilização objetiva nem, salvo quando houver lei expressa, a penalização por condutas meramente culposas, conclui-se que o silêncio da Lei tem o sentido eloquente de desqualificar as condutas culposas nos tipos previstos nos arts. 9º e 11 (...).** 4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, Improvido.” (RESP – 940629 – DF – Rel. Min. Teori Albino Zavascki – Primeira Turma – julgamento em 16.08.2008)

29. **Relevante é o entendimento do RESP 1190740/MG, de relatoria da Min. Eliana Calmon, datado de 03.08.2010, que estabelece que atos ancorados em interpretação jurídico administrativa razoável excluem elemento subjetivo da conduta, ainda que objetivamente o comportamento do agente público afronte a legalidade:** “RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESSARCIMENTO POR DANOS CAUSADOS AO ERÁRIO DECORRENTES DE PAGAMENTO DE VANTAGEM PECUNIÁRIA INDEVIDA A SERVIDORAS APOSENTADAS. INTERPRETAÇÃO EQUIVOCADA DA LEI. ILEGALIDADE RECONHECIDA JUDICIALMENTE. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA DO AGENTE PÚBLICO NÃO CARACTERIZADA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE DOLO OU CULPA. DESCABIMENTO DA IMPOSIÇÃO DE OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DE RESSARCIR OS COFRES PÚBLICOS. IMPOSSIBILIDADE DE RESTITUIÇÃO PELAS RÉS DOS VALORES RECEBIDOS INDEVIDAMENTE. BOA-FÉ. 1. O tipo caracterizador do ato de improbidade descrito no art. 10 da Lei 8.429/92 exige, para sua configuração, além da prova da lesão ao erário, conduta dolosa ou culposa do agente. 2. Na espécie, com base nas circunstâncias descritas no acórdão recorrido, dando conta que os atos praticados foram ancorados em interpretação administrativa do departamento jurídico da autarquia e, especialmente, pelo fato de a norma que dava suporte ao ato impugnado na ação civil pública comportar interpretação em sentidos diversos, é de se concluir que a conduta do agente público, não obstante contrária à lei, não se deu por dolo ou culpa. 3. A jurisprudência desta Corte tem flexibilizado a obrigação de reposição aos cofres públicos do que foi pago de forma equivocada, por inadequada interpretação e aplicação da lei, nos casos em que reste evidenciada a boa-fé do servidor.”

30. **REsp 827.445/SP, relator para acórdão Min. Teori Zavascki, DJE 08.03.2010. Nesse sentido: REsp 912.448/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 14.12.2010; REsp 1.130.198/RR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 15.12.2010; AgRg no REsp 1.125.634/MA, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 02.02.2011; MC 17.112/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 28.09.2010; AgRg no Ag 1319558/RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, 1ª Turma DJe 13.05.2011.**

31. “ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE DE PREFEITO. CONTRATAÇÃO DE PESSOAL SEM CONCURSO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. Não havendo enriquecimento ilícito nem prejuízo ao erário municipal, mas inabilidade do administrador, não cabem as punições previstas na Lei nº 8.429/92. A lei alcança o administrador desonesto, não o inábil. Recurso improvido.” (REsp 213994/MG, Rel. Min. GARCIA VIEIRA, PRIMEIRA TURMA, DJ 27.09.1999)

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONVÊNIO. PRESTAÇÃO DE CONTAS. ART. 11, VI, DA LEI Nº 8.429/1992. AUSÊNCIA DE DOLO. OMISSÃO CARACTERIZADA. EMBARGOS ACOLHIDOS. A conduta omissiva do administrador, que deixou de prestar contas oportunamente na forma da lei, por si, ausente dolo ou má-fé, não enseja a condenação por ato de improbidade. Precedentes do STJ. Embargos de declaração acolhidos para suprir omissão que resulta na alteração do julgamento desta Corte para manter o v. acórdão do TRF da 1ª Região." **(EDcl no REsp 852671/BA. Rel. Min. CESAR ASFOR ROCHA, Segunda Turma, DJe 29.04.2011)**

"ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. SUPOSTA NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INOCORRÊNCIA. INICIAL FUNDADA NA MERA ILEGALIDADE DO ATO IMPUGNADO. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO DA CONDUTA. JURISPRUDÊNCIA PACIFICADA DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO." **(AgRg no Ag 1339336/MG. AgRg no AI 2010/0143551-5, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, Primeira Turma, DJe 16.03.2011)**

32. "RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. APLICAÇÃO DO § 8º DO ART. 17 DA LEI 8.429/92. **AÇÃO DE CUNHO CIVIL, PENAL E ADMINISTRATIVO. TIPICIDADE ESTRITA. IMPROBIDADE E ILEGALIDADE. DIFERENÇA.** AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL SUPERVENIENTE, MÁXIME PORQUANTO **OS TIPOS DE IMPROBIDADE CONTRA OS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO RECLAMAM RESULTADO.** INOCORRÊNCIA DE IMPROBIDADE *PRIMA FACIE*. INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL À SEMELHANÇA DO QUE OCORRE COM A REJEIÇÃO DA DENÚNCIA POR AUSÊNCIA DE TIPICIDADE (ART. 17, § 8º, DA LEI 8.429/92) AFERIDA PELA INSTÂNCIA LOCAL COM RATIFICAÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. SÚMULA 7/STJ. 1. Ação de improbidade consistente em requisição de funcionários pelo juiz diretor do foro, com autorização do Tribunal hierarquicamente superior. 2. A questão positivista resta superada pela mais odiosa das exegeses, qual, a literal, por isso que **se impõe observar se realmente toda ilegalidade encerra improbidade, sob pena de, em caso positivo, em qualquer esfera dos poderes da República, ressoar inafastável a conclusão inaceitável de que o *error in judicando* e *in procedendo* dos magistrados implicam sempre e sempre improbidade, o que sobressai irrazoável.** 3. Dessarte, a improbidade arrasta a noção de ato imoral com forte conteúdo de corrupção econômica, o que não se coaduna com a hipótese dos autos assim analisada, verticalmente, pela instância *a quo*. 4. É uníssona a doutrina no sentido de que, **quanto aos aspectos sancionatórios da Lei de Improbidade, impõe-se exegese idêntica a que se empreende com relação às figuras típicas penais, quanto à necessidade de a improbidade colorir-se de atuar imoral com feição de corrupção de natureza econômica.** 5. Ato ímprobo que não produziu nenhum resultado, porquanto a requisição foi revogada, mercê de legal à época originária da requisição sem prejuízo do atestado serviço prestado pelos servidores requisitados, consoante sentença, pareceres ministeriais e acórdãos acostados nos autos e sindicados na instância *a quo* (Súmula 7/STJ). 6. *In casu*, o Ministério Público Federal, subsidiando o Tribunal *a quo*, concluiu pela atipicidade da conduta. No âmbito da improbidade, a atipicidade da conduta que no processo penal conduz à rejeição da denúncia autoriza o indeferimento da inicial por impossibilidade jurídica do pedido. 7. Revogado o ato e considerada a improbidade ilícito de resultado, ressoa evidente a falta de interesse superveniente, sem prejuízo da atipicidade apontada. 8. Ademais, a aferição da improbidade nas hipóteses em que a conduta é inferida e não descrita, notadamente naquelas infrações contra os princípios da Administração Pública, impõe-se a análise do fato ao ângulo da razoabilidade, por isso que, não obstante a indeterminação do conceito, assentou-se, em notável sede clássica, que se não se sabe o que é razoável, é certo o que não é razoável, o bizarro, o desproporcional. 9. Sob esse enfoque, a requisição de funcionários por necessidade de serviço confirmada pela instância *a quo*, sequer resvala nos conceitos de improbidade ou imoralidade. 10. Ausente a concretização do suposto atuar ímprobo, sobressai a falta de interesse processual superveniente. 11. Tratando-se de ação cível com cunho penal, a atipicidade da conduta assemelha-se à impossibilidade jurídica do pedido, mercê da falta notória do

interesse de agir quer por repressão quer por inibição, impondo o indeferimento da inicial e a consequente extinção do processo sem análise do mérito, por isso que ausente a violação do art. 267 do CPC. 12. Deveras, o atual § 8º do art. 17 da Lei 8.429/92 permite ao magistrado indeferir a inicial julgando improcedente a ação se se convencer da inexistência do ato de improbidade. Consequentemente, se assim o faz, não há violação da lei, senão seu cumprimento. 13. Outrossim, considerando que *in casu* o Tribunal local concluiu pela improcedência da ação com base na valoração dos fatos, na impossibilidade jurídica do pedido e na revogação do ato, esvaziando a suposta improbidade, tem-se que, mercê de inexistir violação do art. 267 do CPC, não é lícito ao STJ empreender a análise que engendrou o Tribunal local, sob pena de infringir a Súmula 7/STJ. 14. Recurso Especial parcialmente conhecido e desprovido.” (REsp 721190/CE, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13.12.2005, DJ 13.02.2006, p. 696)

Referência bibliográfica (de acordo com a NBR 6023: 2002/ABNT):

OSÓRIO, Fábio Medina. Conceito e tipologia dos atos de improbidade administrativa. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 50, out. 2012. Disponível em:
< http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao050/Fabio_Osorio.html>
Acesso em: 05 nov. 2012.